CONSTITUIÇÃO E A PROTEÇÃO DOS NOVOS DIREITOS: DIREITOS DIFUSOS, BIOÉTICA E DIREITOS DOS SISTEMAS INFORMATIZADOS
Paulo Leite

Idp MESTRADO

Org. Paulo José Leite Farias

CONSTITUIÇÃO E A PROTEÇÃO DOS NOVOS DIREITOS: DIREITOS DIFUSOS, BIOÉTICA E DIREITOS DOS SISTEMAS INFORMATIZADOS

Autores:

Paulo José Leite Farias

João Francisco da Mota Junior

Tagore Fróes de Castro

Hugo Moreira Lima Sauaia

Daniel Augusto Mesquita

Carlos Odon Lopes da Rocha

IDP

Brasília

2014

FARIAS, Paulo José Leite.
Constituição e a proteção dos novos direitos: direitos difusos, bioética e direitos dos sistemas informatizados/ Organização Paulo José Leite Farias – disponível no http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks.
Brasília : IDP, 2014.

223p.

ISBN 978-85-65604-30-7

1. Direitos Fundamentais. 2. Novos Direitos 3. Bioética
I. Título.

CDD 341.2

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Com o objetivo de valorizar a produção acadêmica dos alunos nos inúmeros seminários da disciplina Constituição e a Proteção dos Novos Direitos: Direitos Difusos, Bioética e Direitos dos Sistemas Informatizados optou-se por publicar os melhores trabalhos apresentados na forma de artigos que permitem uma visão clara dos trabalhos orais e escritos realizados no curso no ano de 2013.

A disciplina visa proporcionar aos alunos conhecimentos que correlacionem o Direito Constitucional e os Novos Direitos (direitos de 3a/4a e 5a geração na classificação de Norberto Bobbio) por meio da análise de tópicos da proteção do meio ambiente, consumidor, patrimônio genético e informática e sua inter-relação com a Constituição.

O primeiro texto de minha autoria "O papel do poder judiciário de concretização protetiva das normas-princípios ambientais" destaca o Poder Judiciário e a sua função de tornar efetiva as normas ambientais.

O segundo texto do aluno João Francisco da Mota Júnior, "O Direito à Informação e a Governança da Internet", ressalta a correlação entre a internet e o direito à informação no contexto da quinta geração de direitos fundamentais de Norberto Bobbio analisando a Governança da Internet.

O terceiro texto do aluno Tagore Fróes de Castro, "Ideologia, Violência, Criminalidade e Irresponsabilidade Social", enfatiza tema atual da violência sob aspecto de análise crítica ao programa tolerância zero implementado na cidade de Nova Iorque.

O quarto texto do aluno Hugo Moreira Lima Sauaia, "A responsabilidade civil dos provedores de acesso à internet: direito comparado e perspectivas de regulamentação no direito brasileiro", fornece conceitos fundamentais sobre as formas de tratamento da responsabilidade civil em diferentes países e expondo precedentes do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

O quinto texto do aluno Daniel Augusto Mesquita, “A regularização fundiária no Distrito Federal –a doação, a venda direta e o exercício do poder de polícia em conflito com o direito à moradia”, fornece conceitos fundamentais para ponderar o poder de polícia estatal de retirada de ocupantes irregulares e o direito à moradia no âmbito da regularização fundiária.

No sexto artigo, a aluna Maria Amélia Matos Coelho, em artigo intitulado " A Economia do Meio Ambiente: busca da incorporação das externalidades ambientais, destaca os aspectos positivos e negativos da valoração econômica do meio ambiente, que poderia ser usada como um método mais eficiente de alocação dos recursos naturais

O sétimo texto do aluno Carlos Odon Lopes da Rocha, “As dimensões de direitos fundamentais, o meio ambiente e a proteção das futuras gerações”, analisa conceitos fundamentais da proteção ambiental brasileira destacando a proteção das futuras gerações à luz da solidariedade intergeracional prevista na Constituição de 1988.

Assim, a riqueza da presente publicação vinculasse à diversidade de temas ligados aos Novos Direitos Fundamentais que ainda precisam de maior profundidade na doutrina e na jurisprudência pátria para uma efetiva implementação como preconizava Norberto Bobbio.

O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO DE CONCRETIZAÇÃO PROTETIVA DAS NORMAS-PRINCÍPIOS AMBIENTAIS

Paulo José Leite Farias[1]

INTRODUÇÃO

O controle judicial realizado no direito contemporâneo mostra-se bastante distinto do realizado no século XIX e nas primeiras décadas do século XX.

À época do início da vigência do Código Civil Francês de 1804, visualizava-se a certeza e a previsibilidade as decisões judiciais como ideais da atuação judicial.

O Juiz era o ventríloquo da lei, a boca da lei, o matemático que aplica a fórmula legislativa da qual deflui inexoravelmente o resultado justo com caráter único e estático (imutável).

Hoje, entretanto, o ordenamento jurídico é distinto da época das codificações. Não constitui-se característica basilar do ordenamento a prevalência de regras no ordenamento. Os princípios apresentam-se de forma marcante no ordenamento jurídico.[2]

O ordenamento jurídico segundo Canotilho, Dworkin e Alexy passa a ser visto como conjunto de regras e princípios.[3]

A presença dos princípios no ordenamento, conforme procuramos demonstrar na presente monografia, enseja um caráter dinâmico (múltiplas

---

[1] Promotor de Justiça. Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília. Doutor em Direito pela UFPE.

[2] MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 10.

[3] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra. Almedina, 1993. p. 168. DWORKIN, Ronald. *Los Derechos em serio*. Barcelona: Ariel, 1989. p. 146. ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. pp. 86-87.

soluções com possibilidade de mudança destas pela reconfiguração das situações fáticas) ao controle judicial das normas ambientais, impregnadas que são de princípios.

Desde modo, não se alcança, com certeza prévia, uma única decisão judicial possível em um conflito envolvendo o meio ambiente.

A questão judicial ambiental apresenta elementos de complexidade que exigem muitas vezes a ponderação de princípios que podem apresentar diferentes soluções. Dependerá, portanto, do magistrado a busca de uma "sentença amiga" do meio ambiente.

Enfim, na terminologia de Dworkin, poderia se dizer que o controle judicial das normas-ambientais é um típico exemplo de *"hard case"*.[4]

Assim, analisaremos na presente monografia o caráter dinâmico do controle judicial sobre as normas-princípios ambientais e importância de sua concretização protetiva na sentença judicial.

Na primeira parte – MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL – estudaremos o conceito multivalorativo de meio ambiente, visto como dimensão subjetiva e objetiva de valor constitucional a ser implementado pelo ordenamento e pelo Poder Judiciário.

Na segunda parte – A PROTEÇÃO AMBIENTAL NO DIREITO BRASILEIRO NO ÂMBITO DA DIFERENCIAÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS – analisa-se o meio ambiente no Direito Constitucional Brasileiro, com ênfase na presença dos princípios que o caracterizam.

Na terceira parte – A PONDERAÇÃO DO ECONÔMICO E DO AMBIENTAL NA ANÁLISE DO CASO CONCRETO –, cerne da monografia, destaca-se a necessidade de ponderação de princípios na análise de questões ambientais de forma concreta, por meio da jurisprudência ambiental brasileira e portuguesa, utilizando-se de conceitos desenvolvidos nas partes precedentes.

---

[4] DWORDIN, Ronal. Los Derechos em serio. Barcelona: Ariel, 1989. p.146.

Na quarta parte - O CARÁTER DINÂMICO DO CONTROLE JUDICIAL NA PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS E SUA FUNÇÃO PROTETIVA DO MEIO AMBIENTE - destaca-se a importante função do Poder Judiciário de concretizar a proteção ambiental na decisão judicial.

2 MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

2.1 Meio ambiente: conceito

Diversos autores encontram dificuldade em dar uma definição ao termo "ambiente". A conceituação de "ambiente" é problemática por duas razões fundamentais: a primeira, pela abrangência; a segunda, pela grande diversidade de significados.

O termo **ambiente** engendra uma variedade de significados, conforme o aspecto em que é considerado. Na linguagem comum, pode ser entendido como "a esfera, o círculo, o âmbito que nos cerca, em que vivemos".[5] Pode, igualmente, ser "o conjunto dos sistemas físicos, químicos, biológicos e suas relações e dos fatores econômicos, sociais e culturais com efeito direto ou indireto, mediato ou imediato sobre os seres vivos e a qualidade de vida dos homens".[6] Ainda, "o complexo de relações entre o mundo natural e o ser vivo [que entendo só possa ser o humano], as quais influem na vida e no comportamento do mesmo ser".[7] Ou, finalmente, "o conjunto dos sistemas físicos, químicos, biológicos e suas relações, e dos fatores econômicos, sociais e culturais com efeito direto, ou indireto, mediato ou imediato, sobre os seres vivos e a qualidade de vida do homem".[8]

---

[5] SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 1.
[6] Lei nº 11/87, de 7 de abril), *apud* MUKAI, Toshio. *Direito Ambiental Sistematizado*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994, p. 5.
[7] DOTTI, René Ariel. *Verbete Ecologia (proteção penal do meio ambiente)*. *In Enciclopédia Saraiva de Direito*, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 501.
[8] Lei nº 11/87 (Lei de Bases do Ambiente, lei ambiental portuguesa de 07/04/1987). A Constituição Portuguesa, desde a sua versão originária de 1976, inclui o ambiente no elenco dos direitos e deveres fundamentais dos cidadãos, fazendo parte do Título que dedica aos direitos e deveres

Em face da necessidade metodológica de definição de um conceito de meio ambiente, para o presente trabalho, os estudos dirigidos para estabelecer noção jurídica do meio ambiente foram divididos em dois grupos conceituais: um no direito comparado e outro no direito nacional.

2.1.1 Meio ambiente : conceito no direito comparado

Entre os especialistas italianos não se pode deixar de mencionar GIANNINI[9] que, em 1973, foi um dos primeiros autores a elaborar o conceito jurídico do termo "ambiente" muito utilizado por doutrinadores brasileiros, definindo-o juridicamente sob três conceituações:

> Cultural: o ambiente enquanto conservação da paisagem incluindo tanto as belezas naturais quanto os centros históricos;
> Sanitária: o ambiente enquanto normativa relacionada com a defesa do solo, do ar e da água; e
> Urbanística: o ambiente enquanto objeto da disciplina urbanística.

Tais conceitos, dados por GIANNINI, foram apoiados por muitos estudiosos e, também, criticadas por outros, já que sugerem visão não-global do termo ambiente.[10]

Mateo[11] concorda com Giannini quando subdivide o conceito de ambiente em elementos constitutivos; esclarece, porém, que é necessário identificar quais destes elementos devem ser considerados juridicamente relevantes, *verbis*:

---

econômicos, sociais e culturais.

[9] GIANNINI, Massimo Severo. "Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici". *In Rivista Trimestrale de Diritto Pubblico*, nº 2, 1974, p. 680, *apud* SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 2.

[10] MUKAI, Toshio. *Direito Ambiental Sistematizado*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994, p. 5, *verbis*: "Portanto, para GIANNINI inexiste uma noção unitária de ambiente, posto que este pode ser considerado como paisagem (noção cultural), como bem sanitário ou, ainda, como ordenamento do território (noção urbanística)".

[11] MATEO, Ramón Martín. *Derecho Ambiental*. Madri: Instituto de Estudio de Administración Local, 1977, p. 74 e 75.

> Es evidente que en todos estos casos se trata má bien de declaraciones de principio lejanamente orientadores de la política del Derecho que de la adopción de postulados de trascedencia jurídica inmediata. La posibilidad de acuñar en sentido técnico un Derecho ambiental no puede hacerse sobre tales bases y exige una formulación de objetivos concretos a cyo servicio, con una cierta coherencia lógico-jurídica, se instrumentará un determinado sistema normativo (36 bis).(...)
> Pero en términos de operatividad es preciso llegar a una delimitacion más estricta del concepto jurídico del medio ambiente que permita perfilar el campo de esta disciplina superando tanto las aproximaciones genéricas y meramente programáticas, como las parcelaciones inconexas a que ha dado lugar el arrastre de una legislación precedente que aisladamente se preocupaba de la higiene, del orden público, del régimen sanitário de las aguas, etc.(39). El problema ha sido visto com nitidez por GIANNINI al catalogar tres posibles versiones del concepto del ambiente: el ambiente en cuanto conservación del paisaje incluyendo tanto las bellezas naturales como los centros históricos; el ambiente en cuanto normativa relacionado con la defensa del suelo, del aire y del agua; y el ambiente en cuanto objeto de la disciplina urbanistica (40).

Interpretando a definição de Giannini como sendo a individualização de três setores nos quais o termo “ambiente” apresenta significados diferentes, podemos a eles associar os respectivos bens ambientais. Assim, no primeiro setor, a conservação da paisagem, seja natural ou artificial (monumentos, centros históricos); no segundo, a relacionada com a defesa do solo, do ar e da água; e no terceiro, como objeto da disciplina urbanística. Esta definição expressa, essencialmente, a idéia do ambiente como objeto de normas jurídicas, dividida em três tipos de elementos: paisagem (natural ou artificial), recursos naturais e urbanismo.

José Afonso da Silva,[12] citando obra do italiano Giorgio Conti que faz referência à sentença nº 210/87 da Corte Constitucional italiana, destaca a necessidade de apreciação unitária da questão ambiental, não obstante esta possua diferentes aspectos:

---

[12] CONTI, Giorgio. *La Valutazione di Impatto ambientale*. Pádua: CEDAM, 1990, p. 4 e 5, *apud* SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, p. 2.

> Questa sentenza osserva che l'ambiente, nonostante possa essere fruitibile in varie forme e differenti ruoli e possa essere oggeto di numerose norme che assicurano la tutela dei diversi profili in cui si estrinseca**, deve essere considerato un bene unitario**. Tale concezione, sai per la Corte Costituzionale che per noi va riferita alla “qualità della vita”, allo “habitat naturale” nel quale l'uomo vive e agisce come elemento necessario alla collettività, ossia i concetti che hanno un indubbio valore unificante che prescindono da una visione separata delle singole componenti ambientali. (grifo nosso)

Mateo[13] entende que o conteúdo semântico da palavra ambiente, em termos gerais, corresponde à expressão inglesa *environmen*t e à francesa *environnement*, *verbis*:

> La palabra ambiente, en términos generales, corresponde a la expresión inglesa “environment” y francesa “environnement” (34), que han sido traducidas con acierto entre nosostros por “entorno”, aunque con evocaciones de caráter urbanistico. Una primeira aproximación al concepto de ambiente nos remite a una noción amplia que incluye toda la problemática ecológica general y por supuesto el tema capital de la utilización de los recursos, a disposición del hombre, en la biosfera. Esta perspectiva globalista es a veces la adoptada en ciertos pronunciamientos realizados en el seno de organismos internacionales. Así, en la Conferencia de Estocolmo de 1972, se afirma que “el hombre tiene el derecho fundamental a la liberdad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras”.

Para Mateo, uma primeira visão do conceito de ambiente sugere noção genérica que inclui toda a problemática ecológica e a questão principal que é a utilização dos recursos, bem como a posição do homem na biosfera. Essa perspectiva globalista tem sido, por diversas vezes, adotada em pronunciamentos realizados no fórum de organismos internacionais.[14]

---

[13] MATEO, Ramón Martín. *Derecho Ambiental*. Madri: Instituto de Estudio de Administración Local, 1977, p. 72 e 73. Em nota de rodapé de nº 34 afirma: “*No podria precisar de cuál de los dos idiomas procede, aunque me inclino a creer que tiene origen latino*”.

[14] Nesse diapasão é significativo o primeiro princípio da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), *verbis*: “Os seres humanos estão no centro das preocupações com o

Mateo [15] enfatiza que as conceituações gerais apresentam caráter meramente referencial, sendo necessário recorrer a maior aprofundamento dos conceitos, de modo a estabelecer-se um conceito jurídico mais concreto do meio ambiente, *verbis*:

> Es evidente que en todos estos casos se trata más bien de declaraciones de principio lejanamente orientadores de la política del Derecho que de la adopción de postulados de trascendencia jurídica inmediata. La posibilidad de acuñar en sentido técnico un Derecho ambiental no puede hacerse sobre tales bases y exige una formulación de objetivos concretos a cuyo servicio, con una cierta coherencia lógico-jurídica, se instrumentará un determinado sistema normativo (36 bis).

Dessa forma, considera o ambiente como conjunto de elementos naturais, que deixaram de ser "*res nulius*" para serem objeto de proteção jurídica, como bem comum, *verbis*:

> Creemos que, efectivamente, el meollo de la problemática ambiental moderna está en la defensa de unos factores que inicialmente podrían **haber sido calificados como** "res nulius", susceptibles de utilización sin límite por todos los individuos, pero que **posteriormente se transforman en bienes comunes** sobre los cuales una mayor intensidad de utilización, fruto de la civilización industrial y urbana, va a amenazar precisamente las condiciones indispensables para el aprovechamiento colectivo.
> En realidad, de lo que aquí se trata es de las cosas a las que ya aludían nuestros textos históricos en cuanto que "comunalmente pertenecen a todas las criaturas que viven en este mundo (...) aire y las aguas de la lluvia, la mar, sus riberas", alguna de las cuales posteriormente recibieron el tratamiento de bienes de dominio público, dominio natural, mientras que otras, como el aire, mantuvieron su condición de "res nulius". Pero es lo cierto que con el transcurso de los tiempos, tales caracterizaciones resultaron inapropiadas al posibilitar aprovechamientos abusivos que a la larga perjudicaron a los demás potenciales usuarios de estos bienes y a propia esencia colectiva."[16](grifo nosso)

---

desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza".

[15] MATEO, *op. cit.*, p. 74.

[16] MATEO, Ramón Martín. *Derecho Ambiental*. Madri: Instituto de Estudio de Administración Local, 1977, p. 74.

Do exposto, surge a necessidade de elaboração de conceito unitário de ambiente, a ser adotado neste trabalho, razão pela qual se deve estudar o conceito dado pelos autores brasileiros, comparando-os com as definições já vistas. Por outro lado, não se pode esquecer de que as normas jurídicas que hoje constituem objeto do Direito Ambiental surgiram de forma individual e assistemática à medida que evoluía a própria concepção de proteção do meio ambiente.

Álvaro Mirra, nesse sentido, assinala, comparando a situação brasileira com a dos outros países:

> Além disso, no Brasil, como de resto na maioria dos países, as normas jurídicas que no seu conjunto formam o Direito do Meio Ambiente se encontram dispersas em inúmeros textos legais, os quais apresentam conteúdo variado também. Tal situação pode ser explicada pela circunstância de que esses diplomas legislativos foram surgindo paulatinamente ao longo dos anos, na medida em que evoluía a própria concepção de proteção do meio ambiente, inicialmente voltada à conservação isolada de certos elementos da natureza (florestas, flora em geral, fauna, águas e solos), depois dirigida à preservação de ecossistemas (por intermédio da criação de parques e reservas e do combate à poluição nas mais variadas formas), e finalmente preocupada com o meio ambiente globalmente considerado, entendido não só como mero agregado dos elementos da natureza acima indicados, mas principalmente como o conjunto de relações, interações e interdependências que se estabelecem entre todos os seres vivos uns com os outros (incluindo o homem) e entre eles e o meio físico no qual vivem.[17]

2.1.2 Meio ambiente: conceito no direito brasileiro

José Afonso da Silva,[18] baseando-se na doutrina estrangeira, entende que a palavra ambiente indica a esfera, o círculo, o âmbito que nos cerca, em que vivemos. Em certo sentido, portanto, nela já se contém o sentido da palavra meio. Entretanto, defende o uso da expressão "meio ambiente", *verbis*:

---

[17] MIRRA, Álvaro Luiz Valery. "Fundamentos do Direito Ambiental no Brasil". *In Revista dos Tribunais*, vol. 706, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 4.
[18] SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 1.

> O ambiente integra-se, realmente, de um conjunto de elementos naturais e culturais, cuja integração condiciona o meio em que se vive. **Daí por que a expressão meio ambiente se manifesta mais rica de sentido** (**como a conexão de valores**) **do que a simples palavra ambiente**. Esta exprime o conjunto de elementos; aquela expressa o resultado da interação desses elementos. O conceito de meio ambiente há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico.
> O meio ambiente é assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. A integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente compreensiva dos recursos naturais e culturais.[19] (grifo nosso)

Em verdade, pode-se reconhecer que, na expressão “meio ambiente”, se denota certa redundância, já advertida por Mateo,[20] *verbis*:

> Se observará que aqui se utiliza decididamente la rúbrica “Derecho ambiental” en vez de “Derecho del medio ambiente”, saliendo expresamente al paso de una práctica linguistica poco ortodoxa que utiliza acumulativamente expresiones sinónimas o al menos redundantes, en lo que incide el propio legislador, Reglamento de Actividades de 1961.

A precisa definição de José Afonso da Silva afasta-se, pois, da corrente doutrinária italiana, já exposta, de Giannini, que prevê visão pluralista do conceito de ambiente. Aquela definição adota, pois, visão unitária que ressalta três aspectos do meio ambiente:

- meio ambiente artificial, constituído pelo espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações (espaço urbano fechado) e dos equipamentos públicos (ruas, praças, áreas verdes, espaços livres em geral: espaço urbano aberto);
- meio ambiente cultural, integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que embora artificial, em regra, como obra do homem, difere do anterior (que também é cultural) pelo sentido de valor especial que adquiriu ou de que se impregnou; e

---

[19] SILVA, *op. cit.*, p. 2.
[20] MATEO, Ramón Martín. *Derecho Ambiental*. Madri: Instituto de Estudio de Administración Local, 1977, p. 71.

> - meio ambiente natural, ou físico, constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora, enfim, pela interação dos seres vivos e seu meio, onde se dá a correlação recíproca entre as espécies e as relações destas com o ambiente físico que ocupam. É esse o aspecto do meio ambiente que a Lei n^{os}. 6.938, de 31.8.1981, define, em seu art. 3º, quando diz que, para os fins nela previstos, entende-se por meio ambiente o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.[21]

Portanto, a definição de José Afonso da Silva segue a visão sistêmica unitarista, já que conceitua o ambiente como unidade inter-relacionada e, assim, sugere a necessidade de uma tratativa unitária, resultante da ampla multiplicidade e variedade de elementos que integram o ambiente.

Em consonância com tal entendimento, Toshio Mukai, em lapidar conceito sistêmico, ensina, *verbis:*

> A expressão “meio ambiente” tem sido entendida como a interação de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado vida do homem, não obstante a expressão, como observam os autores portugueses, contenha um pleonasmo, porque “meio” e “ambiente” são sinônimos.[22]

Paulo Affonso Leme Machado,[23] preocupando-se com o conceito de ambiente nas legislações estaduais, assinala, *verbis*:

> A legislação fluminense considerou como meio ambiente “todas as águas interiores ou costeiras, superficiais ou subterrâneas, o ar e o solo” (art. 1º, parágrafo único do Decreto-lei 134/75). Em Alagoas dispôs-se que ‘compõem o meio ambiente: os recursos hídricos, a atmosfera, o solo, o subsolo, a flora e a fauna, sem exclusão do ser humano” (art. 3º da Lei 4.090/79). Em Santa Catarina conceituou-se meio ambiente como a “interação de fatores físicos, químicos e biológicos que condicionam a existência de seres vivos e de recursos naturais e culturais”(art. 2º, I, da Lei 5.793/80). Em Minas Gerais “meio ambiente é o espaço onde se desenvolvem as

---

[21] SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 3.
[22] MUKAI, Toshio. *Direito Ambiental Sistematizado*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 3.
[23] MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 72.

> atividades humanas e a vida dos animais e vegetais" (art. 1º, parágrafo único da Lei 7.772/80). Na Bahia "ambiente é tudo o que envolve e condiciona o homem, constituindo seu mundo e dá suporte material para a sua vida biopsicossocial" (art. 2º da Lei 3.858, de 3.11.80). No Maranhão "meio ambiente é o espaço físico composto dos elementos naturais (solo, água, e ar), obedecidos os limites deste Estado" (art. 2º, parágrafo único, a da Lei 4.154/80). No Rio Grande do Sul é o "conjunto de elementos – água interiores ou costeiras, superficiais ou subterrâneas, ar, solo, subsolo, flora e fauna –, as comunidades humanas, o resultado do relacionamento dos seres vivos entre si e com os elementos nos quais se desenvolvem e desempenham as suas atividades" (art. 3º, II da Lei 7.488, de 14.1.81).

Assim, verifica-se que a maior parte das conceituações estaduais não limita o conceito ambiental ao homem, mas a TODAS AS FORMAS DE VIDA. Nesse sentido corresponde à definição federal dada pela Lei 6.938/81 de 31/08/81, recepcionada pela Constituição Federal, que conceitua o meio ambiente como "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas". Por outro lado, verifica-se uma certa variação terminológica legal do conceito de meio ambiente nas diferentes legislações estaduais, o que retrata no plano legal as sensíveis diferenças dos Estados-membros da Federação brasileira.

Nesse sentido, Antônio Silveira Ribeiro dos Santos[24] ressalta, *verbis*:

> A posição antropocêntrica de visão do mundo, que tem em Kant a sua maior expressão, deve ser revista para a nova tomada de posição filosófico-ambiental. Para esta visão o homem está no centro do universo e a natureza está para servi-lo.
> Para a nova filosofia proposta, a ecocêntrica – oikos = casa em grego + cêntrico = centrado na casa, sendo esta interpretada como o habitat do homem, ou seja, centrado no todo, o homem passa a ser entendido como um ente integrante da natureza, como todos os outros seres.

A Constituição da República submete a objeto de proteção o **meio ambiente ecologicamente equilibrado**, conforme se lê do artigo 225, *caput*,

---

[24] RIBEIRO DOS SANTOS, Antônio Silveira. "O direito Ambiental e a participação da sociedade". *In Revista de Direito Ambiental*, ano 1, nº 03, jul./set., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 221 e 222.

alçando-o à condição de bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida, a qual todos têm direito.

Essa, portanto, é a característica finalística de meio ambiente que deve ser perseguida e preservada por toda Federação. A manutenção de um ecossistema de forma não-equilibrada ecologicamente, o exercício de atividade econômica que desconsidere a determinação constitucional e o desenvolvimento de políticas públicas que não observem essa imposição consubstanciarão clara afronta ao texto constitucional aplicável a todos os entes federados.

A definição constitucional e a infraconstitucional apresentadas tem por mérito, ademais, **integrar** o homem ao meio, rompendo com posições cartesianas que o colocam ante o meio ambiente, dele destacado, em relação de dominação. Os textos legais ensejam, por conseqüência, a preponderância da complementariedade recíproca entre o "ser humano" e "o meio ambiente" sobre a ultrapassada relação de sujeição e instrumentalidade.

Assim, não há conceito estanque de meio ambiente, conforme já visto. Há, sim, um conjunto de elementos nucleares provenientes de diferentes conceituações que interagem e são destacadas dentro de determinado contexto.

2.2 Direito ao "meio ambiente sadio" como direito fundamental

O direito ao "meio ambiente sadio" é reconhecido, nas legislações, como sendo um dos direitos mais importantes, no final deste século. Este direito já está amplamente presente no ordenamento básico jurídico nacional de muitos países, até mesmo formando parte das Constituições dos Estados. A título de exemplo pode se citar:

- Portugal: "Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender."(art. 66, item 1 da Constituição de 1976);

- Colômbia: “Todas *las personas tienen el derecho de gozar de um medio ambiente sano*.” (art. 79 da Constituição de 1991);
- Paraguai: “Toda pessoa tem direito de habitar em um meio ambiente saudável (...)” (art. 7º da Constituição de 1992); e
- Cabo Verde: “Todos têm direito a um ambiente de vida sadio (...)” (Constituição de 1992, art. 70).

Portanto, no âmbito da proteção jurídica nacional de diferentes países, esse direito está consagrado no texto das Constituições. Ele, também, está protegido por relevantes textos internacionais, tais como:

- A Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos: “Todos os povos têm direito a um ambiente satisfatório e geral, favorável ao seu desenvolvimento”;
- O Protocolo Adicional à Convenção Americana dos Direitos Humanos, tratando dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, prevê que: “Toda pessoa tem direito de viver num meio ambiente sadio e de ter acesso aos serviços públicos básicos.”; e
- A Declaração dos Direitos Humanos Fundamentais, adotada pela União Européia em abril de 1989 ratifica “um direito fundamental à proteção ambiental, à medida que obriga as instituições da União Européia a tomar todas as precauções necessárias para a preservação, proteção e melhoramento da qualidade ambiental”.[25]

Dando relevo à proteção ambiental no direito interno, Luiz Regis Prado[26] observa, *verbis*:

> No plano do direito interno, em decorrência do conteúdo político e da relevância do fenômeno ambiental, as constituições modernas, sobretudo a partir da década de 70, passaram a dar-lhe tratamento explícito em seus textos, evidenciando assim a necessidade de

---

[25] JOHANNES VAN AGGELEN, em artigo intitulado “The right to life and Environmental Protection: preliminary reflections”, publicado na *coletânea* “*Direitos Humanos, Desenvolvimento Sustentável e Meio Ambiente*”, editada por Antônio Augusto Cançado Trindade, San José: IIDH, p. 276, 1995, assinala, *verbis*: “*In a submission to UNCED, I have defended that at least at the regional level a general right to environmental protection has been recognized. Art. 24, of the African Charter on Human Rights and Peoples' Rights, adopted in Banjul, Gambia on 20 June 1981, states: All peoples shall have the right to a general satisfactory environment favourable to their development. In addition, the Additional Protocol to the American Convention on Human Rights, in article 11, para. 2 provides: 'The States Parties shall promote the protection, preservation and improvement of the environment´. Moreover, the Declaration of Fundamental Rights and Freedoms adopted by the European Parliament in April 1989 confirms a fundamental right to environmental protection in the form of an obligation on the Community Institutions to take all necessary measures to assure the preservation, protection and improvement of the quality of the environment*”.

[26] PRADO, Luiz Regis. “A tutela constitucional do ambiente”. *In Revista Unimar*, ano X, nº 12, São Paulo, 1992, p. 110 e 111.

> uma tutela mais adequada. As Cartas francesas de 1946 e 1958 não fazem referência expressa ao ambiente. Contudo, há em França uma ampla e prolixa legislação ordinária a respeito. De modo similar, a Lei Fundamental alemã tampouco trata diretamente do tema. O artigo 74 versa apenas sobre repartição de competência. Na Itália, a Constituição de 1947 dispõe no artigo 9.2. sobre a "tutela da paisagem, do patrimônio histórico e artístico da nação". Esta norma é interpretada extensivamente, como principio informador da ação ambiental. Em geral, as Constituições Americanas mais recentes consignam o aspecto ambiental. Assim, a Constituição do Chile de 1972 assegura a todas as pessoas um ambiente livre de contaminação, sendo dever do Estado velar para que este direito não seja transgredido e tutelar a preservação a natureza, podendo a lei estabelecer restrições específicas ao exercício de determinados direitos ou liberdades para proteger o meio ambiente (art. 198). A Lei Magna do Panamá de 1972 estabelece ser dever fundamental do Estado propiciar um meio ambiente são e combater as contaminações (arts. 114 a 117). A Carta do Peru de 1980 dispõe que todos tem o direito de habitar em um meio ambiente saudável ecologicamente equilibrado e adequado para o desenvolvimento da vida, e a preservação da paisagem e da natureza, sendo obrigação do Estado prevenir e controlar a contaminação ambiental (art. 123). No mesmo sentido, têm-se as Constituições de Cuba de 1976 (art. 270) e de El Salvador de 1983 (art. 117); da Guatemala de 1985 (art. 97) e do México de 1987 (art. 27).

Em nível internacional, reconhece-se que a proteção ambiental se fundamenta na instrumentalização do direito à vida. Como diz claramente Van Aggelen:[27]

> It is obvious that the relation between the right to life and environmental protection gained importance again in the wake of the deliberate burning of the Kuwait oil fields by Saddam Hussein in 1991. Art.35, para. 3 of Protocol I additional to the four 1949 Conventions on the Laws of War prohibits "to employ methods or means of warfare which are intendend, or may be expected to cause widespread, long-term and severe damage to the national environment". A similar provision protects the natural environment in article 55.

Já em 1972, a Declaração de Estocolmo, no Preâmbulo, fixou que dois aspectos do meio ambiente (o natural e o artificial) são essenciais para o bem-estar do homem e para o desfrute dos direitos humanos fundamentais, até mesmo

---

[27] PRADO, Luiz Regis. "A tutela constitucional do ambiente". *In Revista Unimar*, ano X, nº 12, São Paulo, 1992, p. 282.

o direito à vida. Da mesma forma, como extensão dos princípios estabelecidos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, a Declaração de Estocolmo estabeleceu claramente que o homem tem direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em meio ambiente de qualidade que lhe permita levar vida digna e gozar de bem-estar; por sua vez, o homem tem a obrigação de proteger e melhorar o ambiente para as gerações presentes e futuras. Assim, vincula-se a proteção ambiental, também, à dignidade humana de vida com qualidade.

Atualmente, a relevância do direito ao meio ambiente sadio leva alguns autores, como Maguelonne Déjeant-Pons, a afirmar que este direito constitui um dos maiores direitos humanos do século XXI, na medida em que a Humanidade se vê ameaçada no mais fundamental de seus direitos, o da própria existência.[28] Portanto, claramente, surge a vinculação entre o direito ao meio ambiente e o direito à vida.

Destacando a preocupação com a proteção ambiental, vista como direito fundamental, Kiss,[29] salienta que:

> In the changing world of the second half of the 20th century two major values have emerged: fundamental human rights and freedom on one side, environment on the other. Both must be protected by law, the objective of which is to protect fundamental social values. Both must be approached at the international level. Thus, such protection is the task of international law.

Conseqüentemente, tanto o ordenamento jurídico interno como o ordenamento jurídico internacional concordam na existência de direito fundamental ao meio ambiente.

---

[28] DÉJEANT-PONS, Maguelone. "*In Revue Universalle des Droits de Homme*. *L'insertion du droit de l'homme à l'environnement dans les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme*", Strasbourg-Kehl, vol. III, nº 11, p. 461-470, *apud* MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Estudos de Direito Ambiental Brasileiro.*5ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 25.

[29] ALEXANDRE KISS, em artigo intitulado "Sustainable Development and Human Rights", publicado na coletânea *Direitos Humanos, Desenvolvimento Sustentável e Meio Ambiente*, San José: IIDH, editada por Antônio Augusto Cançado Trindade, 1995, p. 37.

A doutrina, também, qualifica o direito ao ambiente como direito fundamental de terceira geração,[30] incluídos entre os chamados **direitos de solidariedade**, **direitos de fraternidade ou direitos dos povos**. Esta classe de direitos tem por destinatário mais do que o indivíduo, um grupo ou determinado Estado, mas o gênero humano mesmo, engendrando o direito ao ambiente, o direito ao desenvolvimento, o direito à autodeterminação, o direito à participação no patrimônio da humanidade.

Encontramo-nos, assim, diante de nova perspectiva do direito à vida como principal fundamento da proteção ambiental, que é a responsabilidade comum de todos os Estados, como ficou estabelecida já em 1974 na Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, no artigo 30:

> La protección, la preservación y el mejoramiento del medio ambiente para las generaciones presentes y futuras es responsabilidad de todos los Estados.

Entretanto, apesar do reconhecimento do direito ao meio ambiente sadio, assiste-se à contínua depredação e degradação do ambiente, em nível mundial e nacional. Torna-se necessário que o Poder Judiciário, enquanto poder garantidor das normas constitucionais, se ocupe, com maior ênfase, deste assunto, **buscando dar efetivo controle às normas ambientais na resolução dos conflitos que busca solucionar.**

---

[30] Sobre as "gerações" dos direitos fundamentais, ver PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 6ª ed., p. 516 a 524. Em termos apertados, os direitos de primeira geração relacionam-se com o liberalismo e correspondem aos direitos de liberdade, aos direitos individuais, aos direitos negativos; a segunda geração de direitos relaciona-se com a social-democracia do fim do século XIX, correspondendo aos direitos sociais, econômicos e culturais; direitos a prestações do Estado, direitos à igualdade social e direitos positivos; a terceira geração de direitos surge a partir da consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas, que exige a fraternidade, para a proteção do gênero humano, correspondendo ao meio-ambiente, ao desenvolvimento, à paz, ao patrimônio comum da humanidade.

3 A PROTEÇÃO AMBIENTAL NO DIREITO BRASILEIRO NO ÂMBITO DA DIFERENCIAÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

3.1 As normas-princípios e as normas-regras

Ao tratar-se das normas ambientais trazidas na Constituição, mister se faz verificar a interpretação das normas sob o paradigma ambiental, analisar o peso dos princípios e a questão dos interesses e suas colidências, para, então, verificar as normas positivadas no texto constitucional.

Observa-se que tal atitude se mostra imprescindível, pois, conforme o amplo conceito adotado nesta obra, o meio ambiente deve ser visto sob o ponto de vista sistêmico, o que ocasiona sua interação com todo o ordenamento jurídico.

O sistema jurídico define-se, nas palavras de Canaris, como “ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de direito”.[31] A partir desta ordem axiológica de princípios gerais, derivam-se as regras jurídicas, dotadas, como observa Robert Alexy,[32] de generalidade relativamente baixa, enquanto os princípios têm por característica grau de generalidade alto.

Os **princípios** e as **regras** jurídicas possuem caráter normativo, constituindo, ambos, espécies, do gênero **norma jurídica**, de modo a conformar fundamentos para juízos concretos de **dever ser**, distinguindo-se, entre si, em grau e qualidade. E não se negue o caráter normativo dos princípios gerais de direito, pois, na medida em que as regras jurídicas devem manter coerência axiológica com os princípios gerais de direito, os dois desempenham função normativa no ordenamento jurídico. Sobre a normatividade dos princípios, EROS ROBERTO GRAU é taxativo, *verbis*:

---

[31] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 77.

[32] ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 103.

> Ainda que a generalidade dos princípios seja diversa da generalidade das regras, tal como demonstra Jean Boulanger, os princípios portam em si pressuposto de fato (Tatbestand, hipótese, facti species), suficiente à sua caracterização como norma. Apenas o portam de modo a enunciar uma série indeterminada de facti species. Quanto à estatuição (Rechtsfolge, injunção), neles também comparece, embora de modo implícito, no extremo completável em outra ou outras normas jurídicas, tal como ocorre em relação a inúmeras normas jurídicas incompletas. Estas são aquelas que apenas explicitam ou o suposto de fato ou a estatuição de outras normas jurídicas, não obstante configurando norma jurídica na medida em que, como anota Larenz, existem em conexão com outras normas jurídicas, participando do sentido de validade delas.[33]

Os princípios comportam, como aponta Bonavides, [34] seguindo as observações de Flórez-Valdés, Trabucchi e Bobbio, distintas dimensões: fundamentadora, interpretativa, supletiva, integrativa, diretiva e limitativa. Todas estas dimensões remetem-se à natureza valorativa dos princípios gerais e positivados, posto que, enquanto valores, os princípios consubstanciam o critério de aferição dos conteúdos normativos.

Como proposições normativas a conferir parâmetros interpretativos do sistema normativo, os princípios veiculam valores fundamentais ao sistema, em regra positivados na Constituição. Esse conjunto de princípios permite visão una das regras que integram o ordenamento, por relacioná-la por meio de uma mesma escala valorativa. De outra parte, os princípios jurídicos, escritos ou implícitos, conformam e limitam a aplicação de regras jurídicas atinentes à vida político-econômico-social da nação.

---

[33] GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 125 e 126.
[34] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 254.

3.2 As normas-princípios ambientais e o caso *Quinta do Taipal*

A racionalidade própria da amplitude, já demonstrada, do paradigma ambiental exige a leitura e a interpretação das regras e dos princípios verificados no ordenamento jurídico, de forma a possibilitar que todo o sistema se mantenha voltado à preservação ambiental.

Desse modo, normas de variados ramos do direito – como o direito constitucional, econômico, civil, comercial, consumidor, administrativo, tributário, etc. – passam a carregar a racionalidade da preservação ambiental, redimensionando a legitimidade do direito. Nesse processo, princípios e regras lidos e aplicados por esta vertente logram modificar os padrões de comportamento em direção à qualidade ambiental. Exemplificando, a interpretação das normas jurídicas, sob o prisma ambiental, obsta a concessão de financiamentos para empreendimentos que causem ou venham causar degradação do meio ambiente.

A ordem jurídica traz em si a carga axiológica vigente e praticada no meio social. Dessa forma, resultam regras positivadas no ordenamento jurídico da ação de conjuntos de idéias e valores sobre fatos que demandam regulamentação jurídica para o exercício do poder estatal. Ou, como ensina MIGUEL REALE, "**cada norma jurídica**, em suma, considerada de *per si*, **corresponde a um momento de integração de certos fatos segundo valores determinados**, representando uma solução temporária (momentânea ou duradoura) de uma tensão dialética entre fatos e valores, solução essa estatuída e objetivada pela interferência decisória do poder em um dado momento da experiência social".[35] (grifo do autor)

Por outro lado, também **a regra jurídica ambiental encontra**, **em seus contornos**, **valores outros que não a preservação ambiental em si**. Assim, por

---

[35] REALE, Miguel. "O Poder na Democracia". *In Pluralismo e Liberdade,* São Paulo: Saraiva, 1963, p. 214.

exemplo, não se podem afastar as normas ambientais brasileiras dos princípios de um Estado federado, no qual há repartição da competência normativa.

Portanto, por comporem o ordenamento sistêmico, as normas ambientais não podem ser visualizadas sem a ideologia constitucional[36] em que agem. Da mesma forma, as normas de outros ramos jurídicos, que se relacionam como o amplo conceito de meio ambiente não podem ser aplicadas sem se levar em conta as normas ambientais que impregnam a ideologia constitucional. Assim, a ideologia, adotada na Constituição da República, permite que se fale em Estado de Direito Ambiental, o que impregna todas as normas que se relacionam com o vasto leque do domínio normativo da expressão “meio ambiente”.

Em Portugal, a necessária ponderação de valores constitucionais envolvidos em conflito no campo do Direito Ambiental pode ser analisada pelo estudo do litígio “Quinta do Taipal”.

Foi proposta, pelo Ministério Público que atua na comarca de Montemor-o-Velho, ação ordinária contra proprietários de área rural – subseqüente a uma providência cautelar – para a defesa do equilíbrio ecológico de região conhecida como Quinta do Taipal, visando, concretamente, impedir a drenagem de 50 hectares na ponta norte da Quinta, bem como quaisquer outros atos que destruam ou ponham em perigo a fauna e o *habitat* natural lá existente.

Alegou o membro do Ministério Público, basicamente, que a drenagem almejada pelos réus iria prejudicar irremediavelmente o equilíbrio ecológico de toda a área. Por outro lado, os proprietários, então réus, argumentaram, em síntese, que sempre houve cultivo de arroz na área em causa, precedido da necessária drenagem, sem que se produzisse nenhum prejuízo ecológico.

---

[36] O termo ideologia aqui está sendo usado no sentido dos chamados “princípios estruturantes” de CANOTILHO que influenciam todas as outras normas constitucionais, conforme assinala na obra *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 180, *verbis*: “Existem, em primeiro lugar, certos princípios designados por princípios estruturantes, constitutivos e indicativos das idéias directivas básicas de toda a ordem constitucional”.

O Juiz de Montemor-o-Velho na sentença argumentou que o direito de propriedade individual é um direito de expressão constitucional (art. 62, nº 1, da Constituição Portuguesa de 1976), também, o é o "ambiente" (art. 66, nº 1, da Constituição Portuguesa de 1976). Assim, ressaltou que:

> Como ordenador ou regulador das relações do homem com o seu meio, do direito do ambiente, sem prejuízo da sua autonomia dogmática, que deriva dos objectivos que prossegue, assume-se como um sistema jurídico de carácter horizontal, que tem tendência a infiltrar-se no domínio dos demais ramos do mundo jurídico, público e privado.[37]

Por fim, concluiu que:

> Há boas razões, portanto, para proibir as operações de enxugo de terras na área em causa [...]
>
> Por todo o exposto, na parcial procedência da acção, condeno os réus a se absterem, por si ou por intermédio de outrem, de executar quaisquer trabalhos de enxugo dos terrenos que compõem a área de 50 hectares.[38]

Canotilho,[39] ao comentar a sentença do juiz de Montemor-o-Velho, na análise do conflito da "Quinta do Taipal", *leading case* da jurisprudência ambientalista portuguesa, afirma, *verbis*:

> Realça-se, desde logo, o modo como ele fez aplicação do princípio da unidade da ordem jurídica. Não obstante se tratar de um litígio ambiental colocado num tribunal ordinário, o magistrado judicial não cedeu à tentação de resolver o problema em termos expeditos, manejando alguns artigos do Código Civil. A convocação de preceitos constitucionais, de normas de convenções internacionais, de regulamentos e directivas comunitários, da Lei de Bases do Ambiente, além, como é óbvio, de normas do Código Civil, demonstra uma rara percepção de um **sistema jurídico complexo** e um conhecimento perfeito **do bloco de normatividade**. (grifo nosso)

Continuando a análise de julgados relativos à "Quinta do Taipal", o consagrado constitucionalista critica a sentença na ponderação dos princípios

---

[37] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Proteção do ambiente e direito de propriedade* (*crítica de jurisprudência ambiental*). Coimbra: Coimbra, 1995, p. 18.
[38] CANOTILHO, *op. cit.*, p. 19.
[39] CANOTILHO, *op. cit.*, p. 82.

vigentes no ordenamento jurídico português, ao lembrar que a existência do preceito ambiental de "privilégio agrário" não pode levar ao desprezo dos outros valores relevantes do ordenamento jurídico, *verbis:*

> Parece-nos que o aresto sub judice, ao interpretar as várias normas aplicáveis ao caso, partiu de uma regra fundamental: o princípio da interpretação mais amiga do ambiente (princípio da melhor protecção possível do ambiente, princípio do efeito útil ecológico). Este princípio que, como expressão ou ratio da maioria das normas jurídicas aplicáveis ao caso, é inatacável, não goza, em termos apriorísticos e abstratos, de uma prevalência absoluta. A inexistência de uma ponderação mais aberta aos direitos conflituantes com o direito do ambiente conduziu o juiz a infravalorar os argumentos da parte recorrente e fundamentalmente centrados na idéia de "privilégio agrário".

O litígio em apreço ressalta a necessidade de ponderação de bens jurídicos muitas vezes em conflito nos litígios ambientais, seja pela complexidade do domínio normativo aplicável ao caso, seja porque as normas aparentemente são contraditórias, o que fez, por exemplo, que no presente caso existissem pronunciamentos judiciais contraditórios, pois o Supremo Tribunal de Justiça português, em Acórdão de 17/01/1995, decidiu pela revogação de Acórdão do Tribunal de Relação que havia confirmado a sentença da comarca de Montemor-o-Velho, absolvendo os réus dos pedidos, por ter entendido que a sentença não poderia ter criado uma área ambiental protegida substituindo-se aos poderes da Administração.[40]

Assim, em conclusão, as normas ambientais constitucionais de caráter principiológico fornecem matiz nova a inúmeras questões jurídicas relacionadas à proteção ambiental; entretanto, não afastam aprioristicamente, a aplicação de outros princípios fundamentais que deverão ser valorados no caso concreto.

---

[40] CANOTILHO, José Joaquim Gomes*. Proteção do ambiente e direito de propriedade* (*crítica de jurisprudência ambiental*). Coimbra: Coimbra, 1995, p. 78.

3.3 A ponderação de princípios como método de resolução dos casos difíceis ("hard cases")

É de se ressaltar que não é a presença exclusiva de determinados princípios jurídicos, no texto constitucional, que determina a "configuração ideológica" de uma Constituição, e, portanto, da estrutura político-jurídica de um Estado. **Há de se observar sua articulação com outros princípios**, **o contexto em que vêm inseridos**, **bem como sua topografia no conjunto normativo**.

Desse modo, **a positivação da preservação e defesa do meio ambiente e sua positivação no Título da Ordem Social da Constituição de 1988 ocasiona claramente**, **complexa repercussão no ordenamento jurídico**, sem, contudo, lhe dar características exclusivas da influência originada pelo valor proteção ambiental.

Exemplificando, com outro preceito ambiental, observa-se que o princípio da defesa do meio ambiente, **conformador** da ordem econômica,[41] traz evidentes e consistentes conseqüências para o sistema jurídico e econômico, sem que, entretanto, sejam desprezados os outros princípios elencados na Ordem Econômica.

Por outro lado, a localização – do princípio da defesa do meio ambiente – como princípio da ordem econômica, traz especial interesse, posto que "dotado de caráter constitucional conformador, justifica a reivindicação pela realização de políticas públicas",[42] vinculando, ainda, de forma objetiva, todos os agentes e instrumentos da atividade econômica à defesa do ambiente.

---

[41] Nos termos do art. 170, inciso VI da Constituição Federal de 1988, *verbis:* "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] *VI – defesa do meio ambiente*".

[42] GRAU, Eros Roberto. *Proteção do Meio Ambiente (caso do Parque do Povo)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 702, Abril, 1994, p. 248, assinala, *verbis*: "Entre nós, a defesa do meio ambiente constitui princípio da ordem econômica (Constituição de 1988, art. 170, IV). Dotado de caráter constitucional conformador, justifica a reivindicação pela realização de políticas públicas. A Constituição desde logo, especialmente em seu art. 225 e parágrafos – mas também nos seus arts. 5º. LXXIII; 23, VI e VII; 24, VI e VIII; 129, III; 174, § 3º; 200, VIII e 216, V – a ele confere

Assim, para resolução dos chamados *hard cases*,[43] na visão de Dworkin, devem ser levadas em conta a natureza dos princípios e a forma de resolução dos conflitos dessas peculiares normas jurídicas.

No pensamento de Dworkin, um caso é difícil (*hard case*) se existe incerteza na sua resolução, seja porque existem várias normas que determinam sentenças distintas (complexidade do domínio normativo aplicável ao caso), seja porque as normas aparentemente são contraditórias (existência de soluções diametralmente opostas), seja porque não existe norma aparentemente aplicável ao problema (aparente lacuna do ordenamento jurídico na resolução do problema).

Nesse diapasão, Dworkin, atacando a existência de um discricionarismo judicial e enfatizando a existência de um domínio de soluções possíveis, afirma:

> En el positivismo jurídico encontramos una teoria de los casos difíciles. Cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución, el juez – de acuerdo con esa teoría – tiene "discreción" para decidir el caso en uno u otro sentido. Esta opinión supone, aparentemente, que una y otra de las partes tenía un derecho preexistente a ganar el proceso, pero tal idea no es más que una ficción. En realidad, el juez ha introducido nuevos derechos jurídicos que ha aplicado después, retroactivamente, al caso que tenía entre manos. En los dos últimos capítulos sostuve que esa teoria de la adjudicación de competencias al juez es totalmente inadecuada; en este capítulo he de presentar y defender una teoría mejor.
>
> Mi argumento será que, aun cuando ninguna norma establecida resuelva el caso, es posible que una de las partes tenga derecho a

---

concreção. A Constituição, destarte, dá vigorosa resposta às correntes que propõem a exploração predatória dos recursos naturais, abroqueladas sobre o argumento, obscurantista, segundo o qual as preocupações com a defesa do meio ambiente envolvem proposta de retorno à barbárie. O Capítulo VI do seu Título VIII, embora integrado por um só artigo e seus parágrafos – justamente o art. 225 – é bastante avançado. Sob o despertar da consciência ambiental está depositada a certeza de que o crescimento econômico a qualquer preço não significa autêntico desenvolvimento econômico, propiciando apenas, quando muito, benefícios a curto prazo, porém acarretando gravíssimas conseqüências a médio e longo prazos".

[43] Consoante CALSAMIGLIA, em esclarecedora passagem na Introdução da obra de RONALD DWORKIN, *Los Derechos en serio*, Barcelona: Ariel, 1989, p. 13, assinala que "*El positivismo hartiano sostiene que en los casos dificiles no existe respuesta correcta previa a la decisión del juez, que tiene un marcado carácter discrecional. Dworkin atacará la teoría de la función discrecional de los jueces enunciando la tesis de la respuesta correcta*".

> ganar-lo. No deja de ser deber del juez, incluso en los casos difíciles, descubrir cuáles son los derechos de las partes, en vez de inventar retroactivamente derechos nuevos. Sin embargo, debo decir sin demora que esta teoría no afirma en parte alguna la existencia de nungún procedimiento mecánico para demonstrar cuáles son los derechos de las partes en los casos difíciles. Por el contrario, mi argumentación suponde que, con frecuencia, abogados y jueces razonables estarán en desacuerdo sobre los derechos, así como ciudadanos y estadistas discrepan en cuanto a los derechos políticos. Este capítulo se refiere a las cuestiones que deben plantearse jueces y abogados, **pero no garantiza que todos ellos den la misma respuesta a dichas cuestiones**.[44] (grifo nosso)

Calsamiglia,[45] em elucidativa análise da obra de Dworkin já referida, esclarece que os *hard cases* devem ser solucionados pela aplicação de princípios, *verbis*:

> Dworkin sostiene que los casos difíciles tienen respuesta correcta. Los casos insolubles son extraordinários en derechos mínimamente evolucionados. Es evidente que puede haber situaciones a las que no pueda aplicarse nunguna norma concreta, pero eso no significa que no sean aplicables los principios. Dworkin señala que el material jurídico compuesto por normas, directrices y princípios es suficiente para dar una respuesta correcta al problema planteado. Sólo una visión del derecho que lo identifique con las normas puede mantener la tesis de la discrecion judicial.
>
> El autor americano reconstruye casos resueltos por la jurisprudencia y muestra que su teoria justifica y explica mejor los casos difíciles que la teoria de la discreción judicial. Cuando nos encontramos frente a un caso difícil no es una buena solución dejar liberdad al juez. Y no es una buena solucion porque el juez no está legitimado ni para dictar normas ni mucho menos para dictarlas de forma retroactiva si es que nos tomamos la democracia – y su sitema de legitimacion – en serio. Al juez se le debe exigir la búsqueda de critérios y la construcción de teorias que justifiquem la decisión. Y ésta debe ser consistente con la teoria.
>
> Los jueces en los casos difíciles deben acudir a los principios. Pero como no hay una jerarquia preestabelecida de principios es posible que éstos puedam fundamentar decisiones distintas. Dworkin sostiene que los principios son dinamicos y cambian con gran rapidez y que todo intento de canonizarlos está condenado al fracaso. Por esa razón la aplicación de los princípios no es

[44] DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*, Barcelona: Ariel, 1989, p. 146.
[45] DWORKIN, *op. cit.*, p. 13 e 14.

> automática sino que exige el razonamento judicial y la integracion del razonamiento en una teoría. El juez ante un caso difícil debe balancear los princípios y decidirse por el que tiene más peso. El reconstruccionismo conduce a la búsqueda incesante de critérios objetivos.

Observa-se que nesse contexto, os conflitos ambientais apresentam as características que Dworkin indica como sendo de um *hard case.* Conflitos ambientais concretamente analisados, como o da Quinta do Taipal, ressaltam a incerteza na sua resolução, pela existência de várias normas que determinam sentenças distintas. Portanto, o enquadramento dos conflitos ambientais como um *hard case*, faz com que se busque na teoria de DWORKIN luzes para o trato da matéria ambiental.

3.3 Os princípios e o ordenamento jurídico

Os princípios constituem tema que se encontra, em freqüente, debate nas discussões da ciência jurídica contemporânea. Nesse sentido, interessam ser destacadas as funções dos princípios no ordenamento jurídico.

Conforme assinala Carrió:[46]

> Princípio – tem como objeto outras regras do jogo (regra de segundo grau – regra de uso da regra);
> Princípio se dirige – primordialmente aos árbitros – operadores jurídicos, mais dos que aos atores sociais;
> Princípio – justifica exceções às regras de primeiro graus – aquelas que se dirigem às condutas; e
> Princípio – aplica-se independente do conteúdo da norma de primeiro grau – neutralidade tópica.

Canotilho[47] afirma, peremptoriamente, que a existência de regras e princípios, tal como se acaba de expôr, permite o enquadramento da constituição

---

[46] CARRIO, Genaro R. *Principios Jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970, p. 15 a 20.
[47] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 168.

como estrutura sistêmica, isto é, possibilita a compreensão da **Constituição como sistema aberto de regras e princípios**.

Assim, deflui-se que o modelo sistêmico aberto pode ser adotado, em razão da adequada distribuição de "normas-princípios" e "normas-regra" na Constituição. Modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras tornaria a Constituição sistema fechado, livre da necessária influência do meio externo no funcionamento do ordenamento jurídico. Tornaria, pois, limitada a racionalidade prática do sistema.

No dizer de Canotilho,[48] um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria disciplina legislativa exaustiva e completa – legalismo – do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia "sistema de segurança", mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e o desenvolvimento de um sistema aberto. Por outro lado, legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta.

De outro modo, modelo composto, exclusivamente, de princípios seria falho de segurança e complexo em demasia, o que também afetaria a sua racionalidade. Assim dispõe Canotilho:[49]

> O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios (Alexy: Prinzipien-Modell des Rechtssystems) levar-nos-ia a conseqüências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflituantes, a dependência do "possível" fáctico e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir complexidade do próprio sistema. Daí a proposta aqui sugerida:
> o sistema jurídico carece de regras jurídicas: a Constituição, por exemplo, deve fixar maioridade para efeitos de determinação da capacidade eleitoral activa e passiva, sendo impensável fazer

---

[48] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina, 1993, p. 168 e 169.
[49] CANOTILHO, *op. cit.*, p. 169.

> funcionar aqui apenas uma exigência de optimização: um cidadão é ou não é maior aos 18 anos para efeito de direito de sufrágio; um cidadão "só pode ter direito à vida";
> o sistema jurídico necessita de princípios (ou valores que eles exprimem) como os da liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estado de direito; são exigências de optimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos;
> em virtude da sua "referência" a valores ou da sua relevância ou proximidade axiológica (da "justiça", da "idéia de direitos", dos "fins de uma comunidade"), os princípios têm uma função normogenética e uma função sistêmica: são o fundamento de regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite "ligar" ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional; e
> as "regras" e os "princípios", para serem activamente operantes, necessitam de procedimentos e processos que lhes dêem operacionalidade prática (Alexy: Regel/ Prinzipien/ Prozedur – Modell des Rechtssystems): o direito constitucional é um sistema aberto de normas e princípios que, através de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma "law in the books" para uma "law in action", para uma iving constitution."

Do conceito de "sistema" extrai-se a noção de conjunto de partes interdependentes e inter-relacionadas. Assim, as partes atuam de forma coordenada para determinado fim; ademais, todo sistema está inserido em ambiente circundante (macro-sistema).

Desse relacionamento entre o sistema e o ambiente surgem os conceitos de sistema aberto e fechado, utilizados por Canotilho, de forma implícita, ao tratar da conceituação da Constituição como "sistema aberto" de normas e princípios. Assim, os sistemas fechados são conceitualmente herméticos. Não apresentam intercâmbio nem interação com o ambiente que os cerca. Neste tipo de sistema, a atuação combinada de suas partes internas acontece de forma imutável, de modo a produzir resultado invariável. Neles não há o fenômeno da "retroalimentação" ou "*feedback*", mediante o qual o sistema interage com o ambiente externo, se modificando.

Por outro lado, os sistemas abertos não são herméticos, pois interagem com o ambiente que os cerca, dele recebendo informações, possuindo capacidade

de adaptação a necessidades próprias ou a necessidades demandadas pelo ambiente. É o caso dos sistemas jurídicos. Assim, este conceito mostra-se fundamental para análise sistêmica do ordenamento jurídico.

Tal posicionamento do constitucionalista português retrata a visão majoritária da doutrina de que o ordenamento jurídico, dotado de racionalidade adequada, se deve formar pela composição de duas espécies de normas qualitativamente distintas:

princípios; e

regras.

3.3 A distinção qualitativa entre princípios e regras no contexto do debate de Dworkin e Hart

Para Dworkin,[50] a diferença ontológica entre princípios e regras está na idéia de peso do princípio.

Há, em primeiro lugar, distinção lógica, apartando os princípios das regras jurídicas.[51] As regras jurídicas são aplicadas de forma disjuntiva. Trata-se de "tudo

---

[50] Na obra *Los derechos en serio*, versão em espanhol de sua consagrada obra *Taking rights serious*, o catedrático de Oxford faz distinção entre "*principles*" ("*princípios"*) e *"policies"* ("*directrices políticas*"). Ele denomina "*policies*", os "*standards*" que visam alcançar objetivos que resultem em melhoria de vida para a coletividade, geralmente atinentes a aspectos econômicos, políticos ou sociais. E com o termo "*principles*", ele designa os "*standards*" que devem ser observados não porque produzem ou conservam situações referentes àqueles aspectos econômicos, políticos ou sociais, mas em virtude de eles ("*principles*") constituírem exigência de justiça, de eqüidade ou de qualquer outra dimensão moral. Exemplificando, segundo DWORKIN, o "*standard*" que diz que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma "*policy*"; enquanto o "*standard*" que estabelece que ninguém deve tirar vantagem de seu próprio ilícito é um "*principle*". Em resumo, "*principle*" (conceito de princípio em sentido restrito) refere-se, a direitos individuais e "*policy*" diz respeito a bens coletivos (políticas públicas que visam a assegurar o bem da coletividade). (DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1989, p. 72 e ss.)

[51] INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, ao afirmar que, segundo o critério de RONALD DWORKIN, a diferença entre regras e princípios é de natureza lógica assinala, com precisão: "No âmbito da aplicação dos princípios, não se faz necessária a formulação de regras de colisão porque essas espécies normativas, por sua natureza, finalidade e formulação, como que não se prestam a provocar conflitos – no máximo criam estados de tensão – nem estão subordinadas à lógica do tudo ou nada". (COELHO, Inocêncio Mártires*.* *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio

ou nada". Desde que os pressupostos de fato aos quais a regra se refira – o suporte fático [52] hipotético, o *Tatbestand* – se verifiquem, em uma situação concreta, e sendo ela válida, em qualquer caso há de ser ela aplicada.[53]

Já os princípios jurídicos atuam de modo diverso: mesmo aqueles que mais se assemelham às regras não se aplicam automática e necessariamente senão quando as condições previstas como suficientes para sua aplicação se manifestam.

É que as regras jurídicas não comportam exceções. Isto é afirmado no seguinte sentido: se há circunstâncias que excepcionem uma regra jurídica, a enunciação dela, sem que todas essas exceções sejam também enunciadas, será inexata e incompleta. No nível teórico, ao menos, não há nenhuma razão que impeça a enunciação da totalidade dessas exceções, e quanto mais extensa seja esta mesma enunciação mais completo será o enunciado da regra. Se a regra – exemplifica Dworkin – define que um testamento não é válido senão quando assinado por três testemunhas, não é possível tomar-se como válido um testamento firmado por apenas duas testemunhas.[54]

Quanto aos princípios, a circunstância de serem próprios a determinado ordenamento não significa que, em alguns casos, possam ser desconsiderados. Trabalhando com o princípio segundo o qual ninguém aproveita sua própria fraude (torpeza), Dworkin aponta o fato de que, em determinados casos, o Direito não se

---

Antonio Fabris, 1997, p. 81).

[52] PONTES DE MIRANDA criou a expressão "suporte fático" para traduzir o vocábulo técnico germânico "*Tatbestand*". Outros usam com o mesmo significado os termos "pressupostos de fato", "suposto de fato". Os juristas italianos utilizam o termo "*fattispecie*", que é aglutinação da expressão latina medieval "*epecies facti*". E "*species*"é o correspondente latino de "*fatespécie*". "*Tatbestand*", como termo jurídico, é bastante amplo e abrange todo e qualquer fato previsto pelas normas. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*, 3ª ed., tomo IV, Rio de Janeiro:Bosch, 1972, p.3).

[53] DWORKIN,*op. cit.*, p. 74 e 75, *verbis*: "*La diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión.*".

[54] DWORKIN, *op. cit.*, p. 75.

opõe a que alguém obtenha proveito da fraude que praticou. O exemplo mais notável é o da posse indevida: aquele que penetrar em prédio alheio reiteradamente, durante largo período de tempo, poderá obter – e o direito o concede – o direito de cruzá-lo sempre que deseje.[55] Dworkin introduz ainda mais dois exemplos: se alguém, descumprindo contrato, abandona seu trabalho, para desenvolver outro muito melhor remunerado, será obrigado a indenizar seu contratante, mas em regra gozará do direito de permanecer desenvolvendo o novo trabalho; se um preso escapa à prisão para fazer um investimento rentável, poderá ser reconduzido ao cárcere, mas reterá como de sua propriedade os lucros que tiver obtido.[56]

Esses três exemplos, que configuram hipóteses de não-aplicação de determinado princípio, não conduzem a sua exclusão da ordem jurídica.

A segunda distinção, decorrente da primeira, aparta, ainda, segundo Dworkin, os princípios das normas. Os princípios possuem dimensão que não é própria das regras jurídicas: **a dimensão de peso ou importância**. Assim, quando se chocam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles. Essa valoração, evidentemente, não é exata e, por isso, o julgamento a propósito da maior importância de um princípio, em relação a outro, será, com freqüência, discutível. Não obstante, as indagações a respeito de se ele possui essa dimensão e se faz sentido questionar quão importante ou relevante ele é integram o conceito de princípio.

As regras não possuem tal dimensão. Não podemos afirmar que uma delas, no interior do sistema normativo, é mais importante do que outra, de modo que, no caso de conflito entre ambas, deva prevalecer uma em virtude de seu peso maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não é válida. E a decisão a respeito de qual delas o é e qual deve ser abandonada há de ser tomada atendendo-se a

---

[55] O exemplo de Dworkin relativo à servidão civil há de ser ponderado, no quadro do nosso direito positivo, nos termos do art. 562 do Código Civil, *verbis*: "Art. 562. Não constituem servidão as passagens e atravessadoiros particulares, por propriedades também particulares, que se não dirigem a fontes, pontes, ou lugares públicos, privados de outra serventia".

[56] DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1989, p. 75 e 76.

considerações alheias a elas. Determinado ordenamento jurídico poderá regular tais conflitos por meio de outras normas, que prefiram a regra promulgada pela autoridade de maior nível hierárquico, ou a regra promulgada em data mais recente, ou a mais específica, etc. Ou, ainda, poderá dar prevalência à regra apoiada nos princípios mais relevantes.

Observa Jorge Miranda:[57] “Os princípios não se colocam, pois, além ou acima do Direito (ou do próprio Direito positivo); também eles – numa visão ampla, superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes da fontes legais – fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão-somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e normas-disposições”. Leia-se, para fins da terminologia adotada neste trabalho, “disposições” por “regras”.

A exposição de Esser também caminha neste sentido: embora oponha norma e princípio, [58] sustentando não configurar este último, em si mesmo mandamento (isto é, instruções, regras), mas sim a causa, critério de justificação delas,[59] reconhece constituir ele direito positivo.[60] Mas direito positivo constitui – prossegue – não como regras independentes ou autônomas, porém como condição imanente do ser e do funcionar das regras. Por isso, o princípio da liberdade contratual é direito positivo dos contratos e a separação dos poderes seria direito constitucional positivo – ainda que não enunciado como princípio positivado – desde que acolhidos por determinado ordenamento, sem perder seus caráteres de princípios e sem que se convertam em regras.[61]

De outra parte, cumpre também observar que não se manifesta jamais antinomia jurídica entre princípios e regras jurídicas. Estas operam a concreção

---

[57] MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª ed. reimpressa, Coimbra, 1987, p. 198.

[58] ESSER, Josef. Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado. Barcelona: Casa Bosch, 1961, p. 5, 66 e 67, 102 (o princípio é só perfil da solução, não a própria solução).

[59] ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Casa Bosch, 1961, p. 67.

[60] ESSER, *op. cit.,* p. 90, 93, 121, 169, 171.

[61] ESSER classifica os princípios em normativos e informativos (*op. cit.*, p. 94, ss. e 117).

daqueles. Assim, quando em confronto dois princípios, um prevalece sobre o outro, as regras que dão concreção ao que foi desprezado são afastadas; não se dá a sua aplicação à determinada hipótese, ainda que permaneçam integradas, validamente, no ordenamento jurídico. Note-se que – é esta a hipótese sobre a qual estrutura Dworkin sua exposição[62] – isto é o homicídio de quem deixa herança. Praticado pelo herdeiro, afasta, em razão do princípio, a incidência da regra de sucessão que beneficiaria o homicida.[63]

Ao contrário dos princípios, as regras jurídicas não possuiriam a dimensão de ponderação. No caso de conflito entre duas regras, apenas uma delas poderá ser válida; são, pois, estabelecidos critérios específicos para a resolução das antinomias. Exemplificando, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, vigem os critérios hierárquico ("*lex superior derogat inferiori*"), critério cronológico[64] ("*lex posteriori derogat priori*") e critério da especialidade ("*lex specialis derogat generali*").[65]

Sanchis, criticando pontualmente a distinção qualitativa feita por Dworkin entre o conflito de regras e o conflito de princípios, considera que há dois pontos obscuros na argumentação de Dworkin.

O **primeiro** deles relacionado à inexistência de antinomias entre os princípios, *verbis*:

> (...) El primero es que no queda muy claro si el peso o importancia de los principios se decide en abstracto, com arreglo a algún criterio de ordenación jerárquica, o depende de su mayor o menor idoneidad para regular el caso concreto. De cualquier modo, puede

---

62 DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1989, p. 73 (*Riggs y Palmer).*

63 Observe-se que, diante do nosso direito positivo a questão se resolve mediante a aplicação da regra do art. 1.595, I do Código Civil.

64 Cumpre notar que a regra *lex posteriori derogat legi priori* nem sempre foi neste sentido. No período em que a religião e o direito formavam um todo indissociável, hierarquizou-se a lei antiga em detrimento da lei nova. Consoante ensinamento de FUSTEL DE COULANGES, *A Cidade Antiga,* trad. por Souza Costa, Lisboa: Livraria Clássica, 1929, p. 301, no início a lei era imutável, por divina. Deve notar-se que nunca se revogavam as leis. Podiam-se fazer leis novas, mas as antigas subexistiam sempre, por maior que fosse a contradição que houvesse entre elas. O Código de DRACON não ficou abolido pelo de SOLON, nem as Leis Reais pelas Doze Tábuas.

65 BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 92 a 97.

> considerarse cierto que la aplicación de un princípio no conlleva necesariamente la pérdida de validez del outro, pues la preferencia establecida por el legislador o decidida por el intérprete no tiene por qué traducirse en la expulsión definitiva del principio contradictorio. Pero que no ocurra así necesariamente no significa que no pueda ocurrir nunca, pues parece perfectamente imaginable una antinomia total entre dos principios, demanera que ambos no puedan coexistir en el mismo ordenamiento; por ejemplo, piénsese en el reconocimiento – no meramente retórico – de los principios de igual dignidad humana y de apartheid. Se dirá tal vez que entonces no hay cuestión, pues uno de ellos no forma parte del sistema jurídico, pero esto es justamente lo que acontece com aquellos conflictos normativos que sólo se pueden resolver com la pérdida de validez de una de las normas. [66]

Outro ponto objeto de críticas de Sanchis relaciona-se à mútua exclusão entre regras prevista por Dworkin, em contraste à argumentação de que, em alguns casos, há possibilidade de coexistência de regras supostamente contraditórias, *verbis*:

> En segundo lugar, cuando se afirma que las normas carecen de esa propriedad del peso o importancia, quiere decirse que en caso de conflicto una há de ser necesariamente inválida o tan sólo que ambas no pueden ser aplicadas al mismo tiempo? Si se trata de lo primero – como parece más verosímil –, hay que decir que no todo conflicto normativo se resuelve com la declaración de invalidez de una de las normas y, en todo caso, como se há dicho, ello puede ocurrir tambien com los princípios. Por lo demás, es una doctrina no infrecuente del Tribunal Constitucional el llamado criterio de conservación de las normas, que no se traduce en la pura y simple declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad, sino que supone establecer <<cuál es la verdadera y vinculante interpretación de la norma impugnada y cuál es el único sentido en que hay que entender determinados términos de la misma para que sea conforme com la Constitución.
>
> La Segunda hipótesis, es decir, que la colisión de normas se resuelva en la preferencia circunstancial de una, pero sin que ello implique la invalidez de la outra, resulta mucho más corriente; se trata, en suma, de aquellos casos en que dos normas de sentido deóntico contradictorio (v.gr. una permite lo que outra prohíbe) pueden conservarse mediante un juego adecuado de los ámbitos de validez, esto es, dotándolas de un ámbito de vigencia personal, material, especial y temporal parcialmente distinto, lo que permite

[66] SANCHIS, Luis Prieto. *Sobre principios y normas problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 40 e 41.

> aplicar una en ciertas ocasiones y la outra en las demás. Un ejemplo: la normativa general sobre el derecho de reunión no impone ningún requisito para aquellas que se celebren en locales cerrados, mientras que las Ordenanzas Militares establecen ciertos controles y autorizaciones, pero es evidente que ambas pueden coexistir en el mismo sistema y aplicar una u outra dependerá sobre todo de un criterio de especialid. [67]

Deve-se ressaltar que Sanchis, nas críticas à visão de Dworkin, não invalida a teoria de Dworkin, muito menos formula uma nova teoria distintiva entre as regras e os princípios, mas, sim, ressalta que a diferenciação entre princípios e regras não se trata de pontual discussão acadêmica, relacionando-se diretamente com concepções filosóficas da ciência jurídica, bem como com a *praxis* do operador jurídico. Assinalando que:

> Detrás de esta pregunta asoman problemas de mucha mayor trascendencia relativos al concepto de Derecho y a su relación com la moral, a los modelos de argumentación jurídica y a su capacidad o no para ofrecer en todo caso una única respuesta correcta, a la posición y legitimidad de los operadores jurídicos, etc. [68]

Em conclusão, as colocações de Dworkin consagram a concepção do direito como um sistema composto de princípios e regras. Com tal posicionamento, foi atacada a concepção de positivismo formulada pelo jusfilósofo inglês H. L. Hart, que visualiza o direito como sistema homogêneo constituído só de regras, abrindo-se novas perspectivas na visão de um sistema jurídico aberto às influências do ambiente externo.

Desse modo, a partir do momento em que Dworkin ataca a doutrina positivista de Hart, retrata que a concepção de direito não pode ser construída com uma separação absoluta entre Direito e Moral. Demonstra que, na prática jurídica, a distinção entre Direito e Moral não é tão evidente como apregoam os positivistas mais extremados. Em última instância, afirma que, ao restringir o direito a regras, o modelo de Hart foge da realidade cotidiana dos advogados e

---

[67] SANCHIS, *op. cit.*, p. 41 e 42.

[68] SANCHIS, Luis Prieto. *Sobre principios y normas problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 12.

dos juízes, perdendo seu interesse e não explicando *los casos difíciles* (*hard cases*). Assim, no trecho abaixo, há um "caso difícil", apreciado por Tribunal de Nova Iorque, *Riggs v. Palmer*, que retrata a importância dos princípios e o seu relacionamento com as regras, *verbis:*[69]

> Mi propósito inmediato, sin embargo, es distinguir los principios – en el sentido genérico – de las normas, y empezaré por reunir algunos ejemplos de los primeros. Los ejemplos que ofrezco son escogidos al azar; casi cualquier caso tomado de los archivos de una facultad de derecho proporcionaría ejemplos igualmente útiles. En 1889 un tribunal de Nueva York tuvo que decidir, en el famoso caso de Riggs vs. Palmer, si un heredero designado en el testamento de su abuelo podía heredar en virtud de ese testametno aunque para hacerlo hubiera asesinado al abuelo. El razonamiento del tribunal empezaba por advertir que: "Es bien cierto que las leyes que regulan la preparación, prueba y efecto de los testamentos, y la entrega de la propriedad al heredero, si se interpretan literalmente, y si su fuerza y efecto no pueden en modo alguno ni en ninguna circunstancia ser verificados ni modificados, conceden esta propriedad al asesino". Pero el tribunal continuaba señalando que "todas las leyes, lo mismo que todos los contratos, pueden ser controladas en su operación y efecto por máximas generales y fundamentales del derecho consuetudinario. A nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propriedad por su propio crimen". El asesino no recibió su herencia.

Por fim, consoante os preciosos ensinamentos de Dworkin, concluímos que os princípios alçados à condição de fundamentos da República Federativa do Brasil, [70] os objetivos fundamentais da República, [71] os direitos fundamentais

---

[69] DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1989, p. 73

[70] O art. 1º da Constituição de 1988 estatui *verbis*: "Art. 1º – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I – a soberania;
II – a cidadania;
III – a dignidade da pessoa humana;
IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e
V – o pluralismo político.
Parágrafo único: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

[71] O art. 3º da Constituição de 1988 estatui *verbis*: "Art. 3º – Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

elencados, bem como os demais princípios vigentes no corpo da Constituição Federal, devem ser ponderados conjuntamente à aplicação do disposto no artigo 225 da Lei Maior, que trata especificamente do meio ambiente; pois, *in concreto,* estar-se-á, muitas vezes, diante de conflitos entre tais normas-princípios.

3.4 Os enunciados normativos presentes na norma-matriz da proteção ambiental

Dispõe a Constituição Federal no "*caput*" do art. 225, integrante do Título da Ordem Social:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (grifo nosso)

Insculpidos na Constituição Federal de 1988, no referido artigo 225 da C.F./88, destacam-se os seguintes princípios:

> princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal (*caput* e parágrafo primeiro);
> princípio da prevenção e precaução (*caput*, § 1º, inciso IV, com a exigência do EIA/RIMA);
> princípio da informação e da notificação ambiental (*caput* e § 1º, VI);
> princípio da educação ambiental (*caput* e § 1º, VI);
> princípio da participação (*caput*);
> princípio do poluidor pagador (§ 3º);
> princípios da responsabilidade da pessoa física e jurídica (§ 3º);
> princípio da soberania dos Estados para estabelecer sua política ambiental e de desenvolvimento com cooperação internacional (§ 1º do artigo 225 combinado com as normas constitucionais sobre distribuição de competência legislativa); e
> princípio do desenvolvimento sustentado: direito intergerações (*caput*).[72]

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II – garantir o desenvolvimento nacional;
III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e
IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

[72] SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 36 e ss.

José Afonso da Silva[73] observa que o dispositivo inserido no *caput* compreende três conjuntos de normas: o primeiro encerra a **norma-princípio**, a **norma-matriz**, a conferir a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O segundo, constituído do parágrafo primeiro e de seus incisos, traz os **instrumentos de garantia e efetividade do direito enunciado no *caput*** do artigo. Apontando tratarem-se de normas que vêm instrumentalizar a eficácia do princípio, integrando-o normativamente, conferem referidas normas ao Poder Público os princípios e os instrumentos fundamentais de sua atuação para garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Por fim, o terceiro conjunto, constituído de normas constitucionais em sentido formal, compreende o disposto nos parágrafos 2º a 6º, que estatuem determinações específicas sobre objetos e setores, os quais requerem a imediata proteção e regulação constitucional dada sua gravidade.

Assim, de plano, faz-se necessário estudar a norma-princípio prevista no *caput* do art. 225, por meio da análise de cada um dos enunciados normativos que a compõem.

3.4.1 Meio ambiente ecologicamente equilibrado: a opção constitucional

O objeto do Direito não é, pois, o meio ambiente em si, ou um meio ambiente qualquer. É, sim, o meio ambiente qualificado de "**ecologicamente equilibrado**".[74]

LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Estudos de Direito Ambiental Brasileiro*, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 34 e ss. ANTUNES, Paulo de Bessa. *Curso de Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990, p. 75 e ss. BENJAMIN, Antonio Herman. "O princípio do poluidor pagador e a reparação do dano ambiental". *In Dano Ambiental: Prevenção, reparação e repressão*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 226 e ss. MATEO, Ramón Martín. *Tratado de Derecho Ambiental*. Madrid: Trivium, 1991, p. 32 e ss.

[73] SILVA, *op. cit.*, p. 31.

[74] SILVA, *op. cit.*, p. 56.

O significado incorporado no texto constitucional requer a conservação e a salvaguarda dos recursos naturais – pela menção clara a “equilíbrio ecológico” – em suas diversas angulações, extravasando as acepções limitadas à paisagem, à ordenação do território e à salubridade do ambiente.

A tutela do ambiente, nessa ótica, como aponta Mateo,[75] toma a vertente de **tutela do equilíbrio ecológico**, caracterizando-se por seu caráter sistemático, *verbis*:

> Lo que caracteriza al ordenamiento ambiental frente a la normativa sectorial previa de carácter sanitário, paisajístico, defensora de la fauna o reguladora de las actividades industriales, es su carácter sistemático (61), en cuanto que la regulación de conductas que comporta no se realiza aisladamente, lo que era la tónica de las intervenciones administrativas que la precedieron, sino teniendo en cuenta el comportamiento de los elementos naturales y las interacciones en ellos determinadas como consecuencia de las actuaciones del hombre.

O disposto no artigo 225 da Constituição Federal encerra, sem sombra de dúvidas, normas-objetivo determinantes dos fins a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade em matéria ambiental para a indução e direção de comportamentos, por meio de políticas públicas, possibilitando, destarte, seja efetivada a ênfase na prevenção do dano ambiental.

Observe-se que normas de conduta e normas de organização, em si, permitem a proteção do ambiente de maneira meramente corretiva, após a realização do dano, sendo, via de regra, irreparável o ambiente lesado e ineficaz a sanção imposta.

As normas-objetivo em sede constitucional-ambiental representam, pelo exposto, a viabilidade da prevenção do dano ambiental como vértice das políticas públicas dirigidas à preservação do ambiente.

Exigem as normas-objetivo de ordem ambiental uma *ação positiva* do Estado não apenas no sentido de controlar e intervir nas ações degradadoras do

---

[75] MATEO, Ramón Martín. *Derecho Ambiental*. Madrid: Instituto de Estudio de Administración Local, 1977, p. 84.

ambiente, mas, especialmente, no sentido da implementação de políticas públicas dirigidas à defesa e preservação do ambiente, assim como uma *ação negativa*, consubstanciada na proibição dirigida ao Estado de praticar ações atentórias ao equilíbrio ecológico ou que coloquem em risco os elementos ambientais, sujeitas, pois, a controle jurisdicional. Evidentemente, também aos agentes privados(sociedade) incumbe-se a preservação e defesa dinâmicas do meio ambiente compreendendo deveres não só de não atentar contra o ambiente (dever de abstenção), como o de impedir que atentados se realizem (dever de ação).

"*La evitación de la incidencia de riesgos es superior al remedio*". Em sede de princípios de Direito ambiental, não há como escapar do preceito fundamental da prevenção. Esta é e deve ser a palavra de ordem, já que os danos ambientais, tecnicamente falando, são irreversíveis e irreparáveis. Por exemplo, como recuperar uma espécie extinta? Como erradicar os efeitos de Chernobyl? [76]

Desse modo, o uso dos recursos naturais, o manejo de espécies, a restauração de ambientes degradados, devem não apenas visar à preservação do meio ambiente, mas devem **buscar atingir** e **manter o equilíbrio** ecológico, o que evidencia **conteúdo preventivo** para a tutela ambiental.

3.4.2 Sadia qualidade de vida

Mostra-se evidente que o conteúdo do termo "qualidade de vida" difere entre as sociedades, entre os grupos sociais e, principalmente, tem seu conteúdo alterado ao longo do tempo. Pode-se colocar a sadia qualidade de vida como o conjunto de condições objetivas, externas à pessoa, compreendendo qualidade de ensino, de saúde, de habitação, de trabalho, de lazer e, por óbvio, do ambiente, de molde a possibilitar o referido desenvolvimento pleno da pessoa.[77]

---

[76] MATEO, Ramón Martín. *Derecho Ambiental*. Madrid: Instituto de Estudio de Administración Local, 1977, p. 55.
[77] MIGUEL REALE observa que não se pode reduzir o indivíduo à sociedade ou ao Estado, ou

É nessa medida que José Afonso da Silva coloca a tutela da qualidade do meio ambiente em função da tutela da qualidade de vida, como objeto de proteção jurídica,[78] Sua observação é consentânea e harmônica com o expresso no texto constitucional, segundo o qual o meio ambiente ecologicamente equilibrado é elemento essencial à sadia qualidade de vida e, portanto, relacionado ao **princípio da dignidade da pessoa humana** e ao **direito fundamental à vida**.

A *sadia qualidade de vida* lembra-nos que a regulação de atividades poluidoras funda-se, também, na garantia do direito à saúde previsto no art. 196 da Constituição Federal:

> Art. 196. A saúde é **direito de todos** e **dever do Estado** garantido através de políticas sociais e econômicas que visem **à redução do risco de doença e de outros agravos** e ao acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (grifo nosso)

Nesse sentido, o direito à proteção integral da saúde da população é sem dúvida de interesse social e, portanto, deve ensejar tutela estatal. Assinala, também, que a regulação de atividades poluidoras funda-se não só em um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da C.F.), mas, também, na garantia do direito à saúde previsto no art. 196 da Constituição Federal.

3.4.3 Bem de uso comum do povo

A colocação, posta no texto constitucional, que qualifica o meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem de uso comum do povo, requer breve

---

diluí-lo no *processus* objetivante da história, de um lado, ou limitá-lo a sua subjetividade desconsiderada do âmbito social de vivência de outro. Reale aponta, então, que "o homem é a sua história, mas também" é a história por fazer-se, em ambivalência e polaridade de "ser passado" e "ser futuro", de ser mais que sua própria história. Miguel Reale arremata: "e note-se que o futuro não se atualiza como pensamento, para inserir-se no homem como ato – caso em que deixaria de ser futuro –, mas se revela em nosso ser como *possibilidade, tensão,* abertura para o projetar-se intencional de nossa consciência, em uma gama constitutiva de valores". Assim, pelo pensamento de Miguel Reale, o ser pessoa, integral e plena, depende do devir, em formação contínua e criadora, *mutatis mutandi*, a sadia qualidade de vida constitui-se conceito mutável adequável às novas conquistas humanas. (REALE, Miguel. *Pluralismo e Liberdade.*São Paulo: Saraiva, 1963, p. 65 a 71).

[78] SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 54.

estudo da classificação de bens corporificada no Código Civil quanto ao titular do domínio.

Preliminarmente, em uma visão sistêmica, fundamental é distinguirem-se as partes do todo, ou seja, não confundir os elementos constitutivos do ambiente com o ambiente como universalidade. É a distinção que Herman Benjamin faz de bem ambiental categorizando-o em macrobem e microbem ambientais.[79]

O ambiente, como “equilíbrio ecológico”, e macrobem ambiental, é essencialmente imaterial e incorpóreo, não sendo passível de apropriação ou sobre o qual se possam conferir direitos individuais. Os elementos corpóreos integrantes do meio ambiente têm regime jurídico próprio e estão submetidos à legislação própria. Observe-se que, quando se fala na proteção da fauna, da flora, do ar, da água e do solo, não se busca propriamente a proteção desses elementos em si, mas, sim, deles como elementos indispensáveis à proteção do meio ambiente como bem imaterial, objeto último e principal almejado pelo legislador. Sem diminuir a importância da preservação dos elementos corpóreos – microbens –, deve-se atentar para o fato de que eles são vistos e considerados não em sua individualidade específica, mas como elos fundamentais da imensa cadeia, da grande teia que rege a vida de forma geral (o meio ambiente).[80]

Atentando à qualificação que faz a Constituição de meio ambiente como bem de uso comum do povo, necessário é recorrermos, preliminarmente, às palavras de Clóvis Beviláqua, que afirmava serem os bens, “em relação às pessoas, a quem os bens pertencem”, divididos em **públicos** e **particulares**. “Os bens públicos, encarados do ponto de vista de sua utilização, podem ser: de uso especial, de uso comum e particular ou dominicais. São de uso comum os administrados pelos poderes públicos, e que podem ser utilizados por quaisquer pessoas, respeitadas as leis e regulamentos (...) Os bens comuns, enquanto conservam esse caráter, são inalienáveis e repelem o usucapião; os de uso

[79] BENJAMIN, Antonio Herman. “Função Ambiental”. *In Dano Ambiental: Prevenção, reparação e repressão*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 69 e ss.
[80] BENJAMIN, Antonio Herman. “Função Ambiental”. *In Dano Ambiental: Prevenção, reparação e repressão*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 70.

especial e os patrimoniais podem ser alienados, de conformidade com as leis que os regulam".[81] Entre os bens de uso comum, elencavam-se o mar territorial, os golfos, baías, enseadas e portos; as praias; os rios navegáveis; as estradas e caminhos públicos, excluídas as vias férreas federais, além do que também se classificavam *extra commercium*, por serem de uso inexaurível, como o ar, as águas correntes, quando parte de rios públicos, a luz e o mar alto.[82] A abundância desses bens fez que permanecessem inapropriáveis e, nesta lógica, excluídos da tutela jurídica, eis que eventual indenização inseria-se no âmbito do direito subjetivo.

A toda evidência, o termo "bem de uso comum" designa, no texto constitucional, conceito diverso do descrito no Código Civil. Expressa, sim, o caráter difuso da proteção ambiental, pois, não sendo de ninguém é de todos.

O meio ambiente, como macrobem, é bem público, salienta Herman BENJAMIN, não porque pertença ao Estado (pode até pertencê-lo), mas porque se apresenta no ordenamento, constitucional e infraconstitucional, como "direito de todos". É bem público em sentido objetivo e, não, subjetivo.[83] Por sua natureza e pelos elementos que engendra, prematuro é, entretanto, categorizar o bem ambiental no âmbito de "dominialidade coletiva".

A noção de domínio, mesmo na modalidade coletiva, pressupõe o conceito de direito subjetivo a amarrar o bem ambiental à perspectiva individualizante, contrariando as construções doutrinárias até agora firmadas no campo dos interesses difusos.[84]

---

[81] BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 3ª ed. revista e ampliada por Caio Mario da Silva Pereira, Rio de Janeiro: Fernando Alves, 1980, p. 193 e 194. Cumpre observar que o próprio BEVILÁQUA, no seu *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil,* Rio de Janeiro: Rio, 1975, p. 300, apontou que a inscrição original para o Capítulo dos Bens era *Dos bens em relação às pessoas*, tendo sido suprimido pelo Senado em face de críticas de alguns juristas à classificação dos bens que toma por base as pessoas, a que os mesmos pertencem (Planiol, Teixeira D'Abreu). BEVILÁQUA repele a crítica, ponderando ser a classificação feita "não do ponto de vista dos proprietários, mas do ponto de vista do modo pelo qual se exerce o domínio sobre os bens".

[82] BEVILÁQUA, *op. cit.*, p. 208.

[83] BENJAMIN, *op. cit.*, p. 66.

[84] Sobre a temática dos interesses difusos vide a obra de RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO,

A titularidade dos elementos constitutivos do ambiente – microbens ambientais –, assim como o feixe de interesses que lhe são correlatos, não interferem na fruição do bem ambiental como bem de uso comum do povo. Em seu aspecto patrimonial, pode ser objeto de direitos de propriedade ou de outros direitos reais. Como bem ambiental, é objeto de interesses difusos, ensejando o dever de intervenção pelo Poder Público e pela coletividade para sua defesa e preservação.

A propósito da qualificação do bem ambiental, o Professor José Afonso da Silva[85] aponta tendência da doutrina italiana na configuração da categoria dos **bens de interesse público**, na qual se inserem tanto bens pertencentes a entidades públicas como bens de sujeitos privados subordinados a um peculiar regime jurídico relativo a seu gozo e disponibilidade, assim como a um particular regime de polícia, de intervenção e de tutela pública. Como tal, são dotados de regime jurídico especial, porque essenciais à sadia qualidade de vida e vinculados, assim, a fim de interesse coletivo. O proprietário, seja pessoa pública ou particular, não pode dispor da qualidade do meio ambiente a seu talante, porque ela não integra sua disponibilidade.

Assim, a categorização de bem de uso comum do povo posta no texto constitucional vincula a fruição dos elementos integrantes do conjunto ambiental não somente à sua utilização racional, mas ao respeito à função social da propriedade.

Logo, o princípio da propriedade privada assegurado como direito fundamental (art. 5º, inciso XXIII da Constituição Federal) deve ser interpretado em harmonia com o princípio de que a propriedade atenderá a sua função social no que tange à proteção do meio ambiente ecologicamente em equilíbrio, pois, sendo bem de uso comum do povo, há cristalina restrição à iniciativa privada por atos do Poder Público.

Interesses difusos – conceito e legitimação para agir, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, especialmente p. 59 a 109.

[85] SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 56.

3.4.4 Poder público

O texto do artigo 225, *caput* da Constituição impõe ao Poder Público o dever de defesa e proteção do meio ambiente – assim como à coletividade. A referência a “poder público” ressalta **a participação de todos os entes federados** na proteção do meio ambiente.

Assim, União, Estados, Distrito Federal e Municípios têm competência comum para defender e preservar o meio ambiente (art. 23, III, IV, VI e VII), elaborando diretrizes e implementando políticas públicas dirigidas a esse fim, que serão melhor detalhadas nesse trabalho na PARTE III, ao se tratar das competências ambientais dos entes federados na Constituição de 1988.

3.4.5 Participação popular

A participação popular da sociedade civil é condição essencial para a plena eficácia das normas de proteção ao meio ambiente. Há que ressaltar que **o conceito de meio ambiente** se destaca por ter abrangência peculiar, conforme já visto, incluindo os aspectos do **meio ambiente natural**, a biota, a flora, a fauna, os ecossistemas, o solo, o ar, a água; **meio ambiente artificial**, espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações e dos equipamentos públicos, ruas, praças, áreas verdes; **meio ambiente cultural**, patrimônio histórico, estético, turístico e paisagístico, entre outros.

Carlos Roberto Siqueira Castro[86] traduz com precisão essa imprescindível relação do Direito com a sociedade: “Somente quando interligarem a lei e a sociedade num amálgama de vontade política decididamente reorientadora do processo de desenvolvimento, poder-se-ão atingir as metas ecológicas em benefício da humanidade e da geografia econômica do Planeta.”

---

[86] CASTRO, Roberto Siqueira. “O direito ambiental e o novo humanismo ecológico”. *In Revista Forense*, vol. 317, Rio de Janeiro, 1992, p. 67.

A Constituição não está indiferente a essa necessidade da sociedade alicerçada na democracia. Assim, encontramos lúcida disposição da Constituição brasileira em inserir a participação coletiva na gestão ambiental. Ressaltamos que nos referimos não a qualquer tipo de participação, mas à participação nos processos legislativos e administrativos, bem como na proteção judicial ambiental.

O artigo primeiro da Carta de 1988 consagra a **cidadania** como fundamento do Estado **Democrático** de Direito, instituído pela Assembléia Nacional Constituinte, conforme o preâmbulo ressalta, destinado a assegurar o bem-estar, o desenvolvimento e o exercício dos direitos individuais e coletivos, entre outros.

No artigo 5º, podemos enumerar diversos meios assecuratórios da participação nas decisões administrativas, tais como: o **direito à informação**, como forma de assegurar a conseqüente manifestação do pensamento; o **direito de petição**, que garante que o cidadão receba dos órgãos públicos informações necessárias para defesa de seus direitos ou contra ilegalidade e abuso de poder; **direito de certidão** (visa à obtenção de certidões para defesa de direitos ou esclarecimento de situações). Há, por fim, **o direito de receber**, **dos órgãos públicos**, **informações** de interesse particular, **coletivo ou geral** no prazo legal, salvo quando ocorrer necessidade de sigilo imprescindível à segurança do Estado e da sociedade.

O constituinte não facultaria, ao cidadão, tamanho leque de acesso às informações se não fosse para que este pudesse participar e se expressar. O direito à informação constitui base para o direito à participação, visto que sem esta jamais poderá o indivíduo formar opinião e se manifestar, ou, até mesmo, intervir, por meio do Poder Judiciário.

Ainda neste tema do direito à informação, temos o inciso IV do artigo 225, que trata do Estudo de Impacto Ambiental e exige a **publicidade** do EIA/RIMA, como forma de garantir a efetiva participação da sociedade nos preocessos de licenciamento de atividades ou obras que modifiquem o meio ambiente.

Portanto, a imposição, à coletividade, do dever de defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, em atuação comum com o Poder Público, institucionaliza a participação popular como elemento integrante das políticas públicas ambientais, em sua definição, gestão e fiscalização.

A participação popular engendra numerosas indagações, especialmente como alternativa – não excludente – para a democracia representativa. Coloca em causa, também, a distinção entre Estado e sociedade civil,[87] distinção esta que, progressivamente, tem seu sentido alterado – não apenas em virtude da relevância que toma a democracia participativa, mas, principalmente, pelas crescentes atuações de substituição e compensação das disfunções dos mecanismos de mercado. A institucionalização da participação popular representa, ademais, medida compensatória da crise de legitimação que sofre o Estado, além de, economicamente, reduzir os custos da administração.

A defesa e a preservação do meio ambiente, pela via participativa, compreende, além das formas acima citadas, inseridas no campo da formulação e da execução de políticas públicas, a participação no processo legislativo, por meio da iniciativa popular na apresentação de projetos de leis complementares ou ordinárias, em todos os níveis, por certo número de cidadãos, e, finalmente, a participação, por meio do Poder Judiciário, pelas vias processuais previstas.[88]

Em âmbito mais abrangente, o dever de preservação e defesa do ambiente, imposto à coletividade, revertido em direito de participação, traz como correlato o direito à informação – qualitativamente satisfatória – sobre dados ambientais, mantidos não apenas pelos órgãos ambientais estatais, como também pelos agentes econômicos envolvidos na utilização de recursos naturais, uma vez que o ambiente constitui bem de uso comum do povo.

---

[87] Para detida análise das acepções do termo “sociedade civil”, ver NORBERTO BOBBIO, *Estado, Governo, Sociedade – para uma teoria geral da política.* Trad. de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 33 a 52.

[88] Para aprofundamento das formas de participação popular por meio do Poder Judiciário, ver ÉDIS MILARÉ, “Legislação ambiental e participação comunitária”. *In Revista dos Tribunais*, nº 651, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 30 a 33.

Em 1986, o Congresso Nacional Americano aprovou o SARA (*Superfund Amendments and Reauthorization Act*), em resposta ao acidente ocorrido na Índia em Bhopal. Nessa catástrofe um gás tóxico vazou de um complexo indústrial e matou mais de 1.000 pessoas. O Título III do diploma legislativo SARA é também conhecido como *Emergency Planning and Community Right to Know Act*, nele está consagrado o direito da população de saber quais produtos químicos estão armazenados nas suas comunidades. Essa importante parte do SARA, também, exige que os Governos Estaduais e Locais instituam Comissões que identifiquem as substâncias químicas perigosas existentes naquela comunidade e planejem qual atitude a ser adotada caso ocorra um vazamento de substâncias tóxicas.

O autor americano John Pendergrass,[89] ao tratar da proteção ambiental nos Estados Unidos da América, destaca a importância do Direito de Saber da Comunidade consubstanciado no Título III do SARA, *verbis*:

O Direito de Saber da Comunidade

> Dentro do SARA, o congresso adotou um programa novo independente, requerendo que as companhias que usam substâncias perigosas notifiquem as comunidades vizinhas de suas operações sobre qualquer substância perigosa utilizada, armazenada ou liberada no local. Esse estatuto, título III do SARA ou do Ato de Direito de Saber da Comunidade e Planejamento Emergencial (EPCRA – Emergency Planning and Community Right to Know), é baseado em dois termos, a contribuição com o planejamento de emergência e acesso público à informação sobre uso, armazenamento e liberação de químicos tóxicos na comunidade.[90]

Em suma, a participação da sociedade na esfera pública ambiental, transcendendo os estritos limites da democracia formal, possibilita a plena eficácia das normas de proteção do meio ambiente, constituindo um pressuposto para a defesa do meio ambiente

---

[89] PENDERGRASS, John. "Direito Ambiental nos Estados Unidos da América". *In Revista de Direito Ambiental*, ano 01, jan./mar., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 50 e 51.
[90] PENDERGRASS, John. "Direito Ambiental nos Estados Unidos da América". *In Revista de Direito Ambiental*, ano 01, jan./mar., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 66.

3.4.6 Presentes e futuras gerações

Klaus Toppfer,[91] em discurso pronunciado durante a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, no Rio de Janeiro, no dia 3 de junho de 1992, afirmou, em clara alusão ao aspecto da solidariedade entre gerações, *verbis*:

> "Somos um mundo só" – eis a mensagem que muitas crianças na Alemanha me encarregaram de transmitir a esta conferência sobre meio ambiente e desenvolvimento no Rio de Janeiro.
> Esta mensagem nos impõe uma obrigação. Para garantirmos aos nossos filhos e netos, neste mundo, um futuro que valha a pena ser vivido teremos de agir em termos de uma parceira global. Para tanto, é imprescindível uma mudança de atitude no mundo todo e, especialmente para nós, do Norte, uma mudança de rumo. Sabemos que, como países industrializados, estamos incumbidos de uma particular responsabilidade.
> Assumimos esta responsabilidade, considerando os danos que nossas sociedades causaram ao meio ambiente global e ainda em função das nossas possibilidades tecnológicas e financeiras.
> O que não solucionamos hoje deixará uma pesada carga aos nossos filhos e às gerações futuras. Este contrato entre as gerações nos obriga. Portanto, conhecedores dos inúmeros problemas e tarefas, das diversas responsabilidades e interesses, não podemos cair na resignação. Muito pelo contrário, precisamos de otimismo realista para, juntos, enfrentarmos os problemas urgentes do subdesenvolvimento e da pobreza, da exploração predatória de recursos e da destruição da natureza.

Assim, "a preservação ambiental para as presentes e futuras gerações" está intimamente ligada ao espírito da solidariedade que caracteriza os direitos a ações positivas do Estado,[92] vistos sob o prisma intertemporal.

Em outro enfoque Warat relaciona a solidariedade ecológica com o dever de cuidado e com a cidadania, *verbis*:

---

[91] TÖPFER, Klaus. "Solidariedade e responsabilidade global pelo meio ambiente e pelo desenvolvimento". *In A política ambiental da Alemanha a caminho da Agenda 21*. Traduções, nº 2, Konrad-Adenauer-Stiftung, 1992, p. 1.

[92] Assim, conforme afirma JORGE MIRANDA, se os direitos de defesa "são direitos de libertação do poder", os direitos a ações positivas do Estado "são direitos de libertação da necessidade" – o âmbito dos primeiros é configurado pela "limitação jurídica do poder", o conteúdo irredutível destes últimos é a "organização da solidariedade". (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra: Coimbra, Tomo IV, 1988, p. 98).

> Chegamos, assim, ao amor como cuidado. O amor é sempre uma forma de cuidado. Amamos a vida quando a cuidamos; **encontramos a solidariedade quando cuidamos do outro**; desenvolvemos nossa subjetividade quando cuidamos para que nosso desejo não caia prisioneiro de nenhum objeto. Resumindo: podemos estabelecer algumas garantias para a continuidade da vida aprendendo a não sermos maltratados. A pedagogia que transmita cuidados ao invés de verdades.
> A "prática do cuidado" é uma forma de forçar o poder para que encontre limites com os quais deva negociar. A dimensão política do cuidado passa pela necessidade de dizer não ao poder que nos maltrata. Impondo-lhes limites, buscando por todos os meios evitar que fiquemos atados por uma estrutura cesarista. Por aqui passa o sentido estrito da palavra cidadania: o controle do limite, o que parece essencialmente antagônico com as práticas "delegatórias da democracia". Por aqui começa **o sentido mais amplo de cidadania como uma forma solidária de encontrar-se, autônomo, frente à lei, de exigir cuidado público da vida.** A cidadania como uma questão ecológica e de subjetividade: o mundo e o outro como limite que me constitui autônomo.[93] (grifo nosso)

Portanto, os enunciados normativos presentes na norma-princípio do art. 225 da Constituição Federal possuem rico domínio normativo, conforme visto, exigindo do intérprete uma visão sistêmica do conjunto.

Ademais, em face do princípio da unidade da Constituição, faz-se necessária a análise do princípio da proteção ambiental visto não só no art. 225; mas também como um dos princípios que regem a Ordem Econômica constitucional.

---

[93] WARAT, Luis Alberto. "Eco-cidadania e Direito–Alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação". Trad. por José Luis Bolzan de Morais. *In Revista Seqüência* nº 29, setembro, Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 1994, p. 101.

4 A PONDERAÇÃO DO ECÔNOMICO E DO AMBIENTAL NA ANÁLISE DO CASO CONCRETO

3.1 A abertura das normas ambientais e o espaço de liberdade decisória para adequação à realidade

A riqueza dos enunciados da Constituição Federal de 1988 permite amplo programa normativo, capaz de instrumentalizar a transformação de pautas valorativas, possibilitando um melhor relacionamento entre a economia e o meio ambiente, sob o prisma do princípio da defesa do meio ambiente conforme se deflui do potencial interpretativo dos artigos 3º, 170, inciso VI, e 225 da Constituição.

Para desenvolvimento do espaço de liberdade decisória que é dado pelo texto constitucional, torna-se necessário iluminar o raciocínio com as preciosas lições de Canotilho sobre o processo de concretização constitucional. Ensina o consagrado constitucionalista lusitano que:

> Sendo os preceitos constitucionais modos de ordenação de uma realidade presente mas com dimensão prospectiva (isto é: dirigida ao futuro) e inserindo-se numa pluralidade de quadros de referência, onde o direito político e a política se relacionam, a eles se exige abertura, flexibilidade, extensão ou indeterminabilidade, de modo a possibilitar uma conformação compatível com natureza da direção política e uma adaptação completa do programa constitucional.[94]

Canotilho fala, então, da necessidade de **normas abertas** (**tais como os princípios positivados na Constituição**), afirmando que as normas constitucionais devem ser planificadamente indeterminadas, deixando, aos órgãos incumbidos de sua execução, o espaço de liberdade decisória necessário à adequação da norma constitucional às mudanças da realidade. Apontando como

---

[94] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra: Coimbra, 1982, p. 192 e 193.

tendência a abertura de normas constitucionais em matérias sobre as quais exista consenso generalizado, ou **em relação às quais seja necessária a formação de espaço de conformação política** ou, **ainda**, **matérias que requeiram eventuais intervenções corretivas**, demonstra a necessidade, por outro lado, de maior densidade de concretização sempre quando se exijam decisões inequívocas em relação a matérias controversas, quando se cuide de precisar princípios identificadores da ordem político-social e quando normas precisas sejam oportunas para facilitar o processo concretizador de outras normas constitucionais.[95]

Portanto, o princípio da defesa do meio ambiente, como "modo de ordenação da realidade presente com dimensão prospectiva" é o instrumento viável para a transformação da realidade social, ao carregar em si o paradigma ambiental de caráter aberto, indeterminado e polissêmico. Desse modo, expõe-se à exegese de inúmeros e distintos operadores jurídicos,[96] a ser exercida a partir de um problema concreto.

4.2 A ponderação de dois bens jurídicos constitucionais: o direito de propriedade e a proteção ambiental na indenização da mata atlântica (RE 134.297-8/SP)

Ao abordar a necessidade de harmonizar dois importantíssimos bens constitucionais – o desenvolvimento econômico e a proteção ambiental–, inicialmente, devem-se procurar luzes no direito comparado, colacionando pronunciamento de Tyll Necker, *verbis*:

---

[95] CANOTILHO, *op. cit.*, p. 194.

[96] PETER HÄRBELE, *In Die offene Gesellschaft der Verfassunginterpreten*, traduzida recentemente pelo professor GILMAR FERREIRA MENDES sob o título *A sociedade aberta dos intérpretes da constituição*, deixa claro que "no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição" (HÄRBELE, Peter. *A Sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Trad. por Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 13).

> Para tornar o problema mais visível, gostaria de comparar as empresas com navios. E em todo navio o comandante é o maior responsável por que este navio chegue ao porto. Todos sabem que, para isso, a carga do navio precisa estar cuidadosamente distribuída, para evitar que, por estar com sua carga mal distribuída, o navio afunde com a primeira onda.
> Da mesma forma é exigida a responsabilidade empresarial:
> frente aos financiadores, pelo estabelecimento de uma taxa de juros adequada para o capital investido. Sem nenhuma perspectiva de um retorno financeiro compatível, ninguém mandaria um navio fazer uma viagem arriscada. Os padeiros também não fazem pão – a não ser para as suas próprias famílias – porque a humanidade tem fome, mas para chegar a obter um ingresso. Se cair por terra a possibilidade de obter ingressos, os padeiros trocam de profissão;
> em relação aos trabalhadores, pela criação de locais de emprego resistentes às crises. Uma tripulação que, depois da primeira etapa da viagem, precisa contar com a possibilidade de poder chegar a ser dispensada do navio, dificilmente vai se preocupar em cuidar da navegabilidade do mesmo;
> em relação aos consumidores, pelo oferecimento dos bens desejados a preços compatíveis. Nesse campo, quem não puder contar com produtos aptos a competir no mercado, vai sentir as conseqüências negativas muito rapidamente, ou seja, desaparece do mercado; e
> em relação ao meio ambiente, para restringir a vulnerabilidade dos alicerces naturais da vida. Essa responsabilidade não resulta do fato de que, em discussões públicas, os empresários freqüentemente são apontados como os culpados. A responsabilidade surge do fato de que muitas empresas são, em primeira instância, fontes de emissão, mas também são fontes de conhecimento tecnológico, técnico, econômico e científico. Vem daí a responsabilidade das empresas e dos empresários em investir este saber e esse potencial inovador para a proteção e manutenção do meio ambiente.

Se uma dessas responsabilidades for atendida isoladamente, ela aparecerá como que focalizada por um binóculo, aproximada e aumentada super-proporcionalmente. Ao mesmo tempo desaparece a visão do trabalho conjunto. Nisso se corre o perigo de não perceber que, se para o bem do meio ambiente, um barco com motor a diesel passasse a navegar propulsionado por velas, precisaria ter uma tripulação totalmente diferente e, via de regra, não poderia levar o peixe que estivesse carregando com o frescor desejado para seu destino.

Isso vale para a política de preservação do meio ambiente como um todo. A preservação do meio ambiente e a realização dos objetivos básicos da economia, como grande grau de emprego, aumento razoável do crescimento econômico, uma relativa estabilidade do nível de preços e um equilíbio da economia externa, exige bom senso, um cálculo sóbrio e uma discussão objetiva. Nessa situação, exigências extremas pouco ajudariam.[97]

Portanto, a análise de interesses e de bens conflitantes não permanece no campo da verificação de uma hierarquia de valores, requerendo análise em face das normas abertas, já positivadas, veiculadas por normas-objetivo a expressar os resultados a que a lei deve visar. A instrumentalização da lei como positivação de diretrizes e de metas transfere a discussão – metajurídica – sobre a hierarquia dos valores, a dispensar a valoração unilateral de um bem constitucional em desfavor de outro, para a análise de adequação de meios a fins, **garantindo a unidade do sistema constitucional ao tomar como princípio norteador a coordenação e igualdade hierárquica dos bens jurídicos**.

Canaris observa pertencer à essência dos princípios gerais de direito que estes entrem, com freqüência, em oposição entre si. Nem por isso devem ser eliminados do sistema, mas *ajustados* por meio de um **compromisso**,[98] em cada caso.

Assim, conforme já visto, diversamente do que ocorre com regras jurídicas, a oposição de princípios não conduz à eliminação de um deles, de forma que em determinadas circunstâncias, um princípio cede perante outro, mas, em situações distintas, a questão da prevalência pode se resolver de forma contrária. Este processo ocorre pois os princípios têm um **peso** diferente nos **casos concretos**, prevalecendo o que apresenta maior peso em dada circunstância.[99]

---

[97] NECKER, Tyll. “A responsabilidade ecológica dos empresários”. *In A política ambiental da Alemanha a caminho da Agenda 21*. Traduções nº 2, São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1992, p. 66 e 67.

[98] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 205 e 206.

[99] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996 p. 251.

Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes,[100] ao tratar da colisão de direitos fundamentais (*Grundrechtskollision*) nos limites da liberdade de imprensa e da liberdade artística, ensina:

> No processo de ponderação desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou outro princípio ou direito. Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação. É o que se verificou na decisão acima referida, na qual restou íntegro o direito de noticiar sobre fatos criminosos, ainda que submetida a eventuais restrições exigidas pela proteção do direito de personalidade.

Karl Larenz aponta que a "ponderação de bens e interesses no caso concreto"[101] pressupõe a ausência de uma ordem hierárquica de todos os bens e valores jurídicos. A técnica da ponderação aproxima-se antes de um método do que do arbítrio do aplicador da lei, pois, do contrário, tais soluções seriam desprovidas de parâmetros de racionalidade. Assim, a ponderação de bens jurídicos como o desenvolvimento econômico e a proteção ambiental baseiam-se na ausência de hierarquia entre esses bens constitucionais.

Não se trata, simplesmente, da busca de denominador comum entre os bens jurídicos em determinado caso concreto, mas de proceder conforme os princípios da proporcionalidade, do meio mais idôneo ou da menor restrição possível, de modo que a lesão de um bem não deva ir além do necessário.

Desse modo, a ponderação de bens não permanece do campo do sentimento jurídico, configurando processo racional que não há de se fazer, em absoluto, unilateralmente, mas que, ao menos, em certo grau, segue princípios identificáveis, tornando-se, portanto, comprovável.[102]

---

[100] MENDES, Gilmar Ferreira. "Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem". *In Revista de Informação Legislativa*, nº 122, abr./jun., Brasília: Senado Federal, 1994, p. 297.

[101] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. de José Lamego, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 490.

[102] LARENZ, *op. cit.*, p. 490 a 501.

Especificamente sobre essa ponderação de bens jurídicos no campo ambiental, esclarece Paulo Castro Rangel:

> Os valores ambientais, ecológicos, de qualidade de vida, não são, no quadro da hipótese do Estado de Direito Ambiental, valores exclusivos nem excludentes, necessariamente prevalecentes, com dignidade hierárquica superior a qualquer outro objetivo fundamental constitucionalmente recebido. Serão antes tarefas prioritárias, sim, mas plasmadas em normas constitucionais, que terão de ser integradas num horizonte plural (diversificado e intrinsicamente concorrente ou conflituante) de princípios rectrizes e de outras normas-fim, segundo um princípio de concordância prática, não compatível com quaisquer formas de reducionismo.[103] (grifo nosso)

Sob o prisma de ponderação de bens constitucionais, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de se interpretar a norma inscrita no art. 225 da Constituição Federal de modo harmonioso com o sistema jurídico consagrado pelo ordenamento fundamental, dando relevo a interdependência das normas constitucionais protetivas com o direito de propriedade (art. 5º, XXII) , *verbis*:[104]

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ESTAÇÃO ECOLÓGICA – RESERVA FLORESTAL NA SERRA DO MAR – PATRIMÔNIO NACIONAL (C.F., ART. 225, § 4º) – LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA QUE AFETA O CONTEÚDO ECONÔMICO DO DIREITO DE PROPRIEDADE – DIREITO DO PROPRIETÁRIO DE INDENIZAÇÃO – DEVER ESTATAL DE RESSARCIR OS PREJUÍZOS DE ORDEM PATRIMÔNIAL SOFRIDOS PELO PARTICULAR – RE NÃO CONHECIDO.
>
> Incumbe ao Poder Público o dever constitucional de proteger a flora e de adotar as necessárias medidas que visem a coibir práticas lesivas ao equilíbrio ambiental. Esse encargo, contudo, não exonera o Estado da obrigação de indenizar os proprietários cujos imóveis venham a ser afetados, em sua potencialidade econômica, pelas limitações impostas pela Administração Pública.
>
> A proteção jurídica dispensada às coberturas vegetais que revestem as propriedades imobiliárias não impede que o dominus venha a promover, dentro dos limites autorizados pelo Código Florestal, o adequado e racional aproveitamento econômico das árvores nelas existentes. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais em geral, tendo presente a garantia

---

[103] RANGEL, Paulo Castro. *Concertação, Programação e Direito do Ambiente,* Coimbra: Coimbra, 1994, p. 22.

[104] STF – Recurso Extraordinário nº 134.297-8–SP, Rel. Min. Celso de Mello, publicado no Diário de Justiça de 22/09/95.

> constitucional que protege o direito de propriedade, firmou-se no sentido de proclamar a plena indenizabilidade das matas e revestimentos florestais que recobrem áreas dominiais privadas, objeto de apossamento estatal ou sujeitas a restrições administrativas impostas pelo Poder Público. Precedentes.
> A circunstância de o Estado dispor de competência para criar reservas florestais não lhe confere, só por si, considerando-se os princípios que tutelam, em nosso sistema normativo, o direito de propriedade, a prerrogativa de subtrair-se ao pagamento de indenização compensatória ao particular, quando a atividade pública, decorrente do exercício de atribuições em tema de direito florestal, impedir ou afetar a válida exploração econômica do imóvel por seu proprietário.
> A norma inscrita no art. 225, § 4º, da Constituição deve ser interpretada de modo harmonioso com o sistema jurídico consagrado pelo ordenamento fundamental, notadamente com a cláusula que, proclamada pelo art. 5º, XXII, da Carta Política, garante e assegura o direito de propriedade em todas as suas projeções, inclusive aquela concernente à compensação financeira devida pelo Poder Público ao proprietário atingido por atos imputáveis à atividade estatal.
> O preceito consubstanciado no art. 225, § 4º, da Carta da República, além de não haver convertido em bens públicos os imóveis particulares abrangidos pelas florestas e pelas matas nele referidas (Mata Atlântica, Serra do Mar, Floresta Amazônica brasileira), também não impede a utilização, pelos próprios particulares, dos recursos naturais existentes naquelas áreas que estejam sujeitas ao domínio privado, desde que observadas as prescrições legais e respeitadas as condições necessárias à preservação ambiental.
> A ordem constitucional dispensa tutela efetiva ao direito de propriedade (C.F./88, art. 5º, XXII). Essa proteção outorgada pela Lei Fundamental da República estende-se, na abrangência normativa de sua incidência tutelar, ao reconhecimento, em favor do dominus, da garantia de compensação financeira, sempre que o Estado, mediante atividade que lhe seja juridicamente imputável, atingir o direito de propriedade em seu conteúdo econômico, ainda que o imóvel particular afetado pela ação do Poder Público esteja localizado em qualquer das áreas referidas no art. 225, § 4º, da Constituição.
> Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração (C.F., art. 225, caput).

No referido acórdão, o Rel. Min. Celso de Mello ressalta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de garantir a plena ressarcibilidade dos

prejuízos materiais decorrentes das limitações administrativas ao direito de propriedade, ao se referir ao direito do poder público de constituir reservas florestais em seu território, desde que não as constitua gratuitamente.[105]

E continua, *verbis*:

> (...) O Estado de São Paulo sustenta, ainda, a partir das regras inscritas no art. 225, § 1º, inciso VII, e § 4º, da Carta Política, que o novo ordenamento constitucional promulgado em 1988 introduziu profundas alterações no sistema de direito positivo brasileiro, consagrando a **inexigibilidade de qualquer indenização pelos atos administrativos de intervenção estatal na esfera dominal privada**, desde que, praticados com finalidade de proteção ambiental, venham a incidir em imóveis situados na Serra do Mar (fls. 900).
> Não assiste, também neste ponto, qualquer razão ao recorrente, eis que o acolhimento da tese ora sustentada implicaria virtual nulificação do direito de propriedade, com todas as graves conseqüências jurídicas que desse fato adiviriam.[106]

Por outro lado, assinalando a **índole comum da proteção ambiental** (ser assegurada não só pela sociedade, mas também pelo Estado), explica que seria **inadequado** impor somente ao particular tal ônus, *verbis*:

> É de ter presente, neste ponto, que, **sendo de índole comum o direito à preservação da integridade ambiental**, não se pode impor **apenas aos proprietários** de áreas localizadas na Serra do Mar – que venham a sofrer as conseqüências derivadas das limitações administrativas incidentes sobre os seus imóveis – **os ônus concernentes à concretização, pelo Estado**, de seu dever jurídico-social de velar pela conservação, **em benefício de todos,** de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.
> Por tal razão, as normas inscritas no art. 225 da Constituição hão de ser interpretadas de modo harmonioso com o sistema jurídico consagrado pelo ordenamento fundamental, notadamente com a cláusula que, proclamada pelo art. 5º, XXII, da Carta Política, garante e assegura o direito de propriedade em **todas** as suas projeções, inclusive aquela concernente à compensação financeira

---

[105] STF – Recurso Extraordinário nº 134.297-8–SP, Rel. Min. Celso de Mello, publicado no Diário de Justiça de 22/09/95, trecho do voto do Relator extraído da cópia do texto integral do acórdão, p. 686 a 687.

[106] STF – Recurso Extraordinário nº 134.297-8–SP, Rel. Min. Celso de Mello, publicado no Diário de Justiça de 22/09/95, trecho do voto do Relator extraído da cópia do texto integral do acórdão, p. 688 a 689.

> devida pelo Poder Público ao proprietário atingido por atos imputáveis à atividade estatal.[107] (grifo nosso)

Benjamim, em contundente crítica ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da necessidade de indenizar a área, destaca que "não cabe indenização, *tout court,* quando o Poder Público, procedendo em conformidade com o suporte constitucional da função sócio-ambiental, regrar a forma do uso, privilegiar - ou mesmo interditar - usança em detrimento de outras".[108]

Assim, ressalta que a ponderação do direito de propriedade com a proteção ambiental não enseja no caso concreto a prevalência do direito de propriedade em face do disposto nos arts. 5º, 170, inciso VI, 184, § 2º, 186, inciso II, e 225 da Constituição Federal, *verbis:*

> A Constituição não confere a ninguém o direito de beneficiar-se de todos os usos possíveis e imagináveis de sua propriedade. De outra parte, nenhum imóvel, especialmente os rurais, tem, como única forma de utilização, a exploração madeireira ou o sacrifício integral de sua cobertura vegetal, remanescendo apenas a terra-nua (ou, melhor, a terra arrasada!). Só muito excepcionalmente, no mundo atual - com seu crescente mercado de plantas ornamentais, psicultura, essências e ecoturismo - vamos nos deparar com áreas em que a única possibilidade de exploração é o desmatamento integral e rasteiro, como forma de viabilizar a agricultura e a pecuária.
>
> Além disso, se é certo que a ordem jurídica reconhece ao proprietário o direito de usar sua propriedade, nem por isso assegura-lhe, sempre e necessariamente, o melhor, o mais lucrativo ou mesmo o mais aprazível uso possível. No caso da propriedade rural, o "direito de exploração econômica" só é chancelado quando respeita o meio ambiente, nos termos dos arts. 170, inciso VI, 186, inciso II, e 225, todos da Constituição Federal. É com base no mesmo art. 170 que o legislador limita a construção de edifícios, condomínios e loteamentos, proíbe a usura, regra a relação locatícia, chegando mesmo a negar o importantíssimo direito de alienação (p.ex., na venda ao tutor) e restringe o direito de testar.

---

107 STF – Recurso Extraordinário nº 134.297-8–SP, Rel. Min. Celso de Mello, publicado no Diário de Justiça de 22/09/95, trecho do voto do Relator extraído da cópia do texto integral do acórdão, p. 692 a 693.

108 BENJAMIM, AntônioHerman V. "Desapropriação, reserva florestal legal e áreas de preservação permanente". In Temas de Direito Ambiental e Urbanístico. São Paulo: Max Limonad, pp. 63/78, 1998, p.73.

Destacando a íntima relação entre a proteção ambiental e o direito de propriedade, Michael Pagano, professor da Universidade de Miami, e Ann Bowaman, professora da Universidade da Carolina do Sul, ao tratarem do federalismo americano e da proteção ambiental na década de noventa, ressaltam, também, a ponderação entre as normas ambientais restritivas e o uso da propriedade, destacando a necessidade dos órgãos estatais americanos compensarem financeiramente os proprietários atingidos pelas normas restritivas, *verbis*:

> (...) By July, 1995, several regulatory reform bills were making their way through the legislative thicket. The primary proposal would require **federal agencies to undertake a rigorous series of risk assesments and cost-benefit analyses to justify new and extant regulations**. A related measure would require **the federal government to compensate a property owner** if a federal regulatory action caused **even a modest diminution in the fair market value of the property**.[109] (grifo nosso)

Entretanto, a configuração normativa sintética e omissa da Constituição Americana de tratar a questão ambiental é distinta da nossa. Desse modo, procede a crítica de Benjamim no citado acórdão do Supremo Tribunal Federal.

A análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da doutrina americana apresentadas, portanto, trazem à colação a unidade do texto constitucional. Segundo Konrad Hesse, "(...) a Constituição somente pode ser compreendida e interpretada corretamente quando é entendida, nesse sentido, como unidade". [110] Assim, as normas encontram-se em uma relação de interdependência no ordenamento jurídico. Subjaz a esta interdependência a idéia de sistema formal que obriga a não compreender "em nenhum caso somente a Norma isolada senão sempre no conjunto em que deve ser situada: todas as

---

[109] PAGANO, Michael; BOWMAN, Ann . "The State of American Federalism, 1994-1995". *In Publius: the journal of federalism,*vol. 25, nº 3, Easton: Meyner Center for the Study of Federalism, 1995, p. 8

[110] HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional (Selección)*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 18.

normas constitucionais têm de ser interpretadas de tal maneira que se evitem contradições com outras normas constitucionais”.[111]

Deve, pois, haver ponderação entre o desenvolvimento econômico e a proteção ambiental no contexto do ordenamento jurídico como um todo, não comportando antinomias entre normas definitivas. Assim, a contradição entre conteúdos de normas abertas, a valoração, não importa eliminação de uma delas do texto da Constituição, mas apenas harmonização de interesses em um determinado caso concreto.

Consoante ensinamento de Canotilho:[112] “Não há normas só formais”. Nessa mensagem perspectiva, a solução de problema constitucional, **como a proteção ambiental**, deve guardar coerência com o principio da unidade, de modo a harmonizar a possível divergência entre os preceitos.

No mesmo sentido, aplica-se o princípio da **interpretação das leis em conformidade com a Constituição**. Tal princípio, segundo Canotilho:[113]

> (...) é fundamentalmente um princípio de controle (tem como função assegurar a constitucionalidade da interpretação) e ganha relevância autônoma quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco entre os vários significados da norma. Daí a sua formulação básica: no caso de normas polissêmicas ou plurisignificativas, deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a Constituição. Esta formulação comporta várias dimensões: (1) o princípio da prevalência da Constituição impõe que, entre as várias possibilidades de interpretação, **só deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais**. (grifo nosso)

A partir da “ideia do igual valor dos bens constitucionais” e do “princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição” segue-se a necessidade de harmonização dos bens constitucionais tutelados, no caso

---

[111] HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional (Selección)*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 48.
[112] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina, 1993, p. 197.
[113] CANOTILHO, *op. cit.*, p. 229.

concreto. Reduzido ao seu núcleo essencial, o princípio da concordância prática impõe a coordenação e a combinação dos bens jurídicos em conflito, de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.

Este princípio de hermenêutica constitucional, também conhecido como princípio da harmonização, consoante assinala Canotilho, embora divulgado por Hesse, "há muito constitui um *canon of constitucional construction* da jurisprudência americana". [114]

Tal princípio da harmonização fornece-nos a indicação de que cada valor constitucional deve ser ponderado na circunstância específica; portanto, com tal metodologia, cada valor constitucional variará conforme a necessidade fática da solução do problema. A solução do conflito de direitos ou de valores deve passar sempre por um juízo de ponderação, procurando ajustá-los à unidade da Constituição. Pode-se caracterizar, dependendo do caso concreto, em interpretação restritiva que deve ser verificada, para que não valha para dois bens constitucionais a regra do tudo ou nada.

É o que ocorre na espécie, pois a coexistência do desenvolvimento econômico e da proteção ambiental se resolvem pela noção de desenvolvimento sustentável. Portanto, é viável compatibilizar desenvolvimento e preservação ambiental, desde que se considerem os problemas ambientais dentro de um processo contínuo de planejamento, atendendo-se adequadamente às exigências de ambos os bens jurídicos e observando-se às suas inter-relações particulares a cada contexto sócio-cultural, político, econômico e ecológico, dentro de uma dimensão tempo/espaço. Em outras palavras, a política ambiental não se deve constituir em obstáculo ao desenvolvimento, mas sim em um de seus instrumentos, ao proporcionar a gestão racional dos recursos que constituem sua base material.

---

[114] CANOTILHO, *op. cit.*, p. 234.

5 O CARÁTER DINÂMICO DO CONTROLE JUDICIAL NA PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS E SUA FUNÇÃO PROTETIVA DO MEIO AMBIENTE

5.1 A função sistêmica da dogmática jurídica no processo de decisão na visão de Niklas Luhmann.

Como conseqüência da utilização da noção de sistema, a dogmática não é definida por Luhmann como conceito, mas por sua função dentro do sistema jurídico na aplicação do direito.

Luhmann não ignora o aspecto distintivo da dogmática, definido por ele como a proibição de negação (não-negabilidade) dos pressupostos de uma cadeia de argumentação.[115] Mas o autor considera insuficiente esta perspectiva da dogmática, devendo-se buscar as funções positivas da dogmática para o sistema na aplicação do direito. Num processo de decisão, o aspecto distintivo são as possibilidades de decisão, material básico sobre o qual atuarão os critérios que elegerão a alternativa lícita em contraste com a ilícita. Só pode haver decisão quando houver possibilidades que ofereçam uma margem de liberdade e flexibilidade mínimas.

Por isso, Luhmann destaca como aspecto distintivo da dogmática, não o que ela coloca como fixo - o dogma - mas permitir uma margem de variabilidade controlada na elaboração do material jurídico, visando à sua aplicação (função positiva).

Durante a Idade Média, a Igreja exerceu uma dominação política forte baseada em um dogmatismo e hierarquia muito rígidos. O contexto social que possibilitou este domínio foi uma sociedade estática e não complexa, que acatava completamente os dogmas católicos. Não foi por coincidência que a Reforma

---

[115] LUHMANN, NIKLAS. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 27.

Protestante foi a negação da não-negabilidade dos dogmas católicos, representando os interesses econômicos e políticos que efetuavam um processo de dinamização na sociedade européias. Este é um exemplo a contrário da realidade que se desenvolve no século XX. A partir da crise do modelo liberal, em função do alto nível de crescimento da complexidade no meio social, a dogmática diminui a rigidez de seus conceitos ao absorver níveis de incerteza e variabilidade toleráveis e necessários no trato com textos legais.

Para explicar a tendência atual da dogmática jurídica, Luhmann utiliza-se das categorias “programas de decisão” e decisão. Os programas de decisão são o conjunto de símbolos que orientam o processo de decisão: as normas de direito vigente e a dogmática jurídica. A relação entre os programas de decisão, isto é, poderia ter sido decidido de um modo ou de outro. Mas ambos os pólos são variáveis, ou seja, se além da variabilidade de possibilidades de decisão as próprias leis são de conteúdo, interpretação ou fixação variáveis, então a dogmática exerce a função de limitar esta variabilidade. Por isso, a função dogmática não se refere a um caso isolado, pois ela não fornece diferenciação entre o lícito e o ilícito, mas se refere à determinação do campo do juridicamente possível em função de uma perspectiva seqüencial de decisões.

Porém, a dogmática depende de valores externos e internos ao sistema. “A justiça... se refere às exigências impostas ao direito pela sociedade em sua totalidade, e a dogmática representa o plano interno ao sistema jurídico no qual se reespecificam e operacionalizam tais exigências”[116]. Deve-se considerar a justiça como expressão da adequação entre a complexidade do sistema jurídico e a necessidade de tratar o igual e o desigual de forma correspondente.

O sistema não absorve o “input” em toda a sua complexidade, sendo necessário que a dogmática jurídica traduza ou transforme a problemática oriunda do meio em conceitos jurídicos que serão processados pelo sistema. Esta passagem do conflito ao sistema é influenciada pela capacidade da dogmática em

---

[116] Idem, op. cit., p. 37.

permitir uma melhor relação de adequação entre as informações, isto é, fornece conceitos socialmente adequados, de modo a direcionar em um nível maior de abstração as exigências contidas na demanda.

A diferenciação e a complexidade da dogmática se revelam na tendência contínua de harmonizar as interdependências no horizonte social do futuro e os conceitos jurídicos pelos quais as estruturas juridicamente relevantes no meio social se expressarão. Contudo, a formulação de conceitos adequados enfrenta a dificuldade de não haver perfeita identidade na correspondência entre o abstrato e o concreto. Outra dificuldade se refere à descontinuidade do direito positivo, em vista da produção das novas normas na substituição de direito vigente pela inserção de direito novo no ordenamento. Segundo Luhmann, o caráter auto-substitutivo do ordenamento e a conseqüente descontinuidade, produzem “estados de fluidez” que devem ser controlados pela dogmática ao compatibilizar as possibilidades de mudança com a vigência do ordenamneto.

Finalmente, Luhmann salienta que.a teoria do sistema jurídico deve ser definida na relação entre sistema e meio social. isto é, nas influências e modificações recíprocas entre ambos, a adequação social dos conceitos não garante que a produção de outputs satisfaça efetivamente às demandas oferecidas, mas permite a criação de condição para que isto ocorra.

5.2 Os princípios como fatores de mobilidade do sistema jurídico

Consoante ensinamento de Canaris, *“ A mobilidade do sistema é , muitas vezes, confundida com a sua abertura”*[117]. Entretanto, o conceito de mobilidade do sistema deve ser extraído do conceito formulado por Wilburg. Assim, mobilidade e abertura são conceitos distintos , embora interrelacionados, em determinados momentos.

[117] CANARIS, op. cit. , p. 127.

Faz-se, pois necessário, para apreensão do conceito de mobilidade sistêmica, a análise das características essenciais para o conceito de sistema de Wilburg.

Na teoria da responsabilidade civil, Wilburg desenvolve esse conceito, à medida em que procura recusar um princípio unitário que solucione todas as questões da responsabilidade indenizatória e coloca , nesse lugar , uma multiplicidade de pontos de vista (PRINCÍPIOS) que ele caracteriza como elementos ou como forças móveis, a saber:

> Uma falta causal para o acontecimento danoso, que se situe do lado do responsável. Esta falta tem peso diverso consoante seja provocada pelo responsável ou pelos auxiliares ou tenha até surgido sem culpa, como , por exemplo, por uma falha material irreconhecível de uma máquina;
> Um perigo que o autor do dano tenha originado , através de uma actuação ou da posse de uma coisa e que tenha levado ao dano;
> A proximidade do nexo de causalidade, que existe entre as causas provocadoras e o dano verificado;
> A ponderação social da situação patrimonial do prejudicado e do autor do prejuízo.[118]

A consequência jurídica - responsabilidade patrimonial - só se concretiza - a partir da concatenação destes elementos , segundo o seu número e peso, sendo determinada pelo juiz segundo a discricionariedade orientada por esses princípios basilares da responsabilidade civil.

Nesse sentido, Larenz afirma:

> O <<jogo concertado>> de diferentes princípios em diferentes graus de concretização é, uma vez mais, afim da idéia do modelo imaginado por WILBURG de um <<sistema móvel>>. WILBURG quis fundamentar a responsabilidade extracontratual por danos em quatro elementos, que podem surgir com diferente intensidade de caso para caso. Actuam, em regra, conjuntamente, podendo, todavia, um deles, se apresentar com especial intensidade, substituindo também os outros. Como elementos que fundamentam a responsabilidade, referiu WILBURG: um actuar que interfere numa <<área jurídica alheia ou que põe em perigo, o dar origem ao caso danoso através de circunstâncias da esfera do

[118] Apud CANARIS, op. cit. , p. 128.

> responsável, a censura de uma falha na esfera do responsável>> e, finalmente, <<o poder econômico do responsável ou a exigibilidade de se segurar>>... Na avaliação de cada elemento, WILBURG quer deixar ao juiz uma <<ampla margem de discricionariedade>>. O legislador deveria apenas estabelecer algumas linhas directivas gerais com vista à fundamentação dos deveres legais de indenização por danos, deixando porém à resolução do juiz, em ampla escala, a ponderação no caso particular. Certamente que o juiz, segundo a idéia de WILBURG, não deve simplesmente achar uma resolução equitativa incontrolável, mas orientar a sua resolução pelos princípios por ele indicados e fundamentá-la no caso particular”[119]

Assim, no conceito de mobilidade do sistema, há a característica de ponderação de princípios que orientarão a discricionariedade judicial. Assim, verifica-se que na idéia de mobilidade está implícita a utilização de princípios que conforme já visto não se sujeitam à idéia de “tudo ou nada” e sim a ponderação.

Verifica-se, pois, que a noção de mobilidade vincula-se a discricionariedade judicial que, por sua vez, prende-se a atividade de atribuição de pesos a princípios, harmonizando-os com vistas a busca da solução correta (ou mais correta) ao caso em debate.

A correlação do conceito de sistema móvel e dos princípios mostra-se , fundamental, para a noção de que os princípios constituem mecanismo da porosidade do sistema ao meio externo.

Bertalanffy [120], ao ressaltar características dos sistemas abertos, obtêm resposta assemelhadas a de Wilburg, *verbis:*

> Aparece aqui a importante questão da relação da teoria geral dos sistemas com a cibernética, dos sistemas abertos com os mecanismos reguladores (cf. p. 217 ss). No presente contexto bastarão algumas poucas observações.
> A base do modelo do sistema aberto é a interação dinâmica de seus componentes. A base do modelo cibernético é o ciclo de retroação (Figura 1.1) no qual, por via da retroação da informação

[119] LARENZ, op. cit. , p. 582.
[120] BERTALANFFY, op. cit., p. 203.

mantém-se um valor desejado (Sollwert), atinge-se um alvo, etc. A teoria dos sistemas abertos é uma cinética e uma termodinâmica generalizadas. A teoria cibernética baseia-se na retroação e na informação. Os dois modelos foram aplicados com êxito em seus respectivos campos. No entanto devemos ter a noção de suas diferenças e limitações.

O modelo do sistema aberto na formulação cinética e termodinâmica não fala de informação. Por outro lado um sistema de retroação do ponto de vista termodinâmico e cinético é fechado, não possuindo metabolismo.

Em um sistema aberto é possível termodinamicamente o aumento da ordem e a diminuição da entropia. A grandeza "informação" é definida por uma expressão formalmente idêntica à entropia negativa. No entanto, em um mecanismo de retroação fechado a informação só pode diminuir e nunca aumentar, isto é, a informação pode ser transformada em "ruído" mas não vice-versa.

Um sistema aberto pode tender "ativamente" para um estado de organização superior, isto é, pode passar de um estado inferior de ordem a uma estado superior de ordem, devido às condições do sistema. Um mecanismo de retroação pode alcançar "reativamente" um estado de organização superior devido à "aprendizagem", isto é, à informação introduzida no sistema.

Em resumo, o modelo de retroação aplica-se eminentemente às regulações "secundárias", isto é, regulações baseadas em arranjos estruturais no sentido amplo da palavra. Como porém as estruturais no sentido amplo da palavra. Como porém as estruturas do organismo são mantidas em metabolismo e troca de componentes, as regulações "primárias" devem evoluir da dinâmica num sistema aberto. O organismo torna-se crescentemente "mecanizado" no curso do desenvolvimento, e por isso é que as regulações posteriores correspondem particularmente a mecanismos de retroação (homeostase, comportamento dirigido para um fim, etc.).

O modelo do sistema aberto representa assim uma fértil hipótese de trabalho que permite novos discernimentos, novos enunciados quantitativos e verificação experimental ".

5.3 A abertura do sistema jurídico mediante a utilização dos princípios

Na base dos códigos está o pensamento jusracionalista, na acepção de que o Direito é formulado como um sistema fechado de verdades da razão, um sistema de regras que são o resultado de uma rigorosa construção lógico-

matemática, a qual parte de regras gerais deduzidas pelo raciocínio que abarcaram todas as espécies de problemas imagináveis.

Os códigos representavam, portanto, a manifestação máxima de um desejável sistema jurídico do tipo fechado. Como conseqüência desta perspectiva, também a atividade interpretativa se ressente, restando a jurisprudência à estrita aplicação da lei dentro da legalidade mais estrita: *"que la loi soit claire, uniforme et précise: l'interpréter, c'est presque toujours la corrompre"*, afirmou Voltaire [121] expressando com vigor a idéia de plenitude do império da lei.

Tais concepções vão ser postas em causa já no final do século XIX, lembrando Winifried Hassemer, Karl Larenz e Joseph Esser, entre outros que, desde o início do século XX a Teoria do Direito, em especial na Alemanha, vem sendo compreendida como *"o debate da polaridade da norma legal, de um lado, e da sentença judicial, de outro"*[122]*.*

Este debate introduz o que se convencionou chamar de "a crise da teoria das fontes"[123], a qual resulta, basicamente, que "a idéia de que a sentença do

---

[121] Apud WIEACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno, trad. de A. M. Botelho Hespasla, Lisboa, 1980, p. 528.

[122] WINFRIED HASSEMER, professor de Sociologia do Direito e de Direito Penal da Universidade de Frankfurt, em apontamentos de palestra proferida em Porto Alegre em Outubro de 1984 e publicada in Revista AJURIS nº 36, intitulado "O SISTEMA DO DIREITO E A CODIFICAÇÃO: A VINCULAÇÃO DO JUIZ À LEI", assinala a p. 180 :

"Desde o início do Séc. XX, a teoria do direito e o ensino metodológico na Alemanha compreendem-se como sendo, preponderantemente, o debate da polaridade da norma legal de um lado e da sentença judicial do outro"

[123] SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. A obrigação como processo, Bushatsky, São Paulo, 1976. Nessa obra, com a expressão "obrigação como processo", o autor tenciona sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência , ao tratar da "crise da teoria das fontes", o autor afirma , p. 74, verbis:

"A crise da teoria das fontes resulta da admissão de princípios tradicionalmente considerados meta-jurídicos no campo da ciência do Direito, aluindo-se, assim, o rigor lógico do sistema com fundamento no puro raciocínio dedutivo. Em verdade, outros fatores passaram a influir poderosamente no nascimento e desenvolvimento do vínculo obrigacional, fatores esses decorrentes da cultura e da imersão dos valores que os Códigos revelam no campo social e das transformações e modificações que produzem. A crise decorre da concepção de que um código por mais amplo que seja não esgota o "corpus juris"vigente, o qual se manifesta através de princípios, máximas, usos, diretivas, não apenas na interpretação judicial, como também na doutrinária".

Juiz surge claramente e sem vacilação da norma codificada tornou-se, todavia, nos tempos atuais, um pensamento superado. Cedeu seu lugar ao reconhecimento de que o Juiz atua como criador do direito"[124] porquanto se passa a compreender que "a conclusão mais cautelosa que se pode retirar deste reconhecimento de que a lei codificada não pode determinar completamente a sentença judicial do ponto de vista fático, é a de que a codificação ainda desempenha um papel dominante em relação à sentença do Juiz. Concede-se que o texto expresso da lei nem sempre fornece instruções claras; concede-se ainda que a lei, a codificação , às vezes, 'necessita de preenchimento ou enchimento valorativo', que a lei no seu texto é 'vaga'ou 'porosa'. Estando em retirada os adeptos da teoria da estrita vinculação do Juiz à lei, constroem, contudo, novas linhas de defesa para a continuada validade da sua posição. O 'significado dos conceitos legais' passa a ser o limite da interpretação"[125].

Com efeito, na tarefa incessantemente exercida pela Ciência Jurídica desde pelo menos o século XII, de adaptar o direito ao dinamismo das relações sociais, se leva em conta, agora, que o sistema jurídico deve considerar também, ao lado da norma de direito escrito, princípios, máximas, regras da experiência.

O sistema jurídico, assim considerado, volta a ser tido como um *"sistema aberto"*, porquanto a sujeição ao ordenamento já não mais se revela como mera servidão à lei, formalmente caracterizada: *"Com a formulação de princípios de direito , embutidos em codificações, cria-se, finalmente, uma condição fundamental para o surgimento de um fenômeno que LUHMANN denomina de 'positivação do direito', isto é, a modificação estrutural do sistema jurídico de um direito natural estático e não variável , para um direito, em princípio variável , um direito legislado. O reinado e a denominação do 'velho' e, por isso mesmo, 'certo' direito , é sucedido pela experiência das regras de direito contingentes, experiência essa que considera a legislação - o dar das leis - um assunto rotineiro da vida estatal, e que fornece tais normas jurídicas contingentes e mutáveis para a*

---

[124] Idem, p. 181.
[125] Ibidem, pp . 182 e 183.

solução de novos problemas de regulamentação” [126] , afastando-se, por conseqüência, a idéia de que o Direito possa ser aplicado, interpretado e desenvolvido a partir de si mesmo - seja através das representações do legislador, seja por intermédio de um suposto *“sentido imanente”*[127].

Por outro lado, é preciso atentar para o fato de que a abertura do sistema não conduz a seu desaparecimento, porquanto tal caminho levaria a um estado de incerteza jurídica inconciliável com os próprios postulados da democracia: é preciso manter um determinado patamar de segurança nas relações jurídicas, seja na relação dos privados entre si, seja na relação entre estes e o Estado sob pena de ser instaurada a lei do mais forte, assentado que o princípio da certeza jurídica é essencial às funções de tutela e garantia às quais o Direito se opõe. Entretanto, conforme já visto, cabe às regras, em maior grau, a tarefa de garantia da certeza jurídica.

Quais serão, então, os *mecanismos* do que a ordem jurídica dispõe para que o sistema, devidamente flexibilizado, possa continuamente ajustar-se às novas realidades, às novas idéias, em busca da efetivação de um *direito justo*? Quais serão os pontos de referência a permitir tal necessária plasticidade?

A resposta a tais indagações pode ser obtida através do estudo dos princípios, que, em diferentes ordenamentos, têm se mostrado meios hábeis à flexibilização dos sistemas que os adotaram.

5.4 O perfil dinâmico dos princípios e a atividade judicial de controle

No exame das normas, técnicas e institutos integrantes de determinado sistema jurídico, uma atitude metodologicamente adequada é a que se volta ao

---

[126] Idem, ibidem, p. 187.

[127] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. “Interpretação” in Revista Ajuris, vol. 16, n. 45, p. 7 a 20 , Mar. de 1989.

exame de sua estrutura, para assim alcançar o perfil particularizado do tema que se tem como objeto da pesquisa.

Integrando o ORDENAMENTO JURÍDICO, ao lado das regras corporificada, dentre outros, nos códigos, os princípios apresentam, como primeira particularidade, o fato de não possuírem qualquer estrutura própria que os diferenciem, de plano, dos conceitos jurídicos indeterminados.

O conceito de Karl Larenz , nessa análise , mostra-se fundamental. Assim, princípios jurídicos são os pensamentos diretores de uma regulação jurídica *existente* ou *possível*, não constituindo, por si mesmos, regras suscetíveis de aplicação, embora possam transformar-se posteriormente em regras jurídicas, por via de interpretação[128].

Enquanto *"pensamentos diretores"* ou *"fórmulas gerais"*, os princípios podem se encontrar expressamente manifestados na lei (positivados) , e em especial, no plano constitucional, nas normas que tutelam os direitos e garantias individuais, como são exemplos, no sistema brasileiro, o princípio da igualdade perante a lei (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal), o da liberdade do exercício profissional (art. 5º, XIII) e o da função social da propriedade (art. 5º, XXIII). Muitos outros encontram-se dispersos pelo *corpus* constitucional - como é o caso do princípio da moralidade administrativa (art. 37, *caput*), ou ainda, pelos diversos estatutos infraconstitucionais, aí se alinhando, por exemplo, o princípio da liberdade de forma dos atos jurídicos de que trata o art. 129 do Código Civil.

No entanto, existem outros princípios que se situam no plano pré-positivo, vigindo independentemente da existência de uma regra de direito nesse sentido, porquanto pertencem à categoria dos princípios que se colocam no ordenamento jurídico antes mesmo, ou independentemente, de sua expressa adoção por uma regra de direito positivo.

É que se tem por assente, pelo menos desde a obra de Joseph Esser (*Princípio e Norma na Elaboração Jurisprudencial do Direito*) que a aplicação

[128] LARENZ, Metodologia, op. cit., p. 166.

desses princípios, eficazes, como se viu, independentemente do texto legal, encontra sua justificação na *"natureza das coisas ou da instituição respectiva"* uma vez constituírem *"uma peça funcionalmente necessárias de toda a solução concreta"*[129] que entre no círculo comum de problemas passíveis de serem enfrentados mediante o recurso àquele pensamento.

Nesses termos, Esser[130] ressalta:

> Su justificación les viene de la naturaleza de la cosa e de la institución respectiva, y constituyen una pieza funcionalmente necesaria de toda solución concreta que entre en este círculo común de problemas. De ahí que, dadas unas circunstancias análogas, sean igualmente bien conocidos en todos los sistemas jurídicos, inclusos allí donde ninguna ley los 'conoce'.

É o que ocorre no direito civil brasileiro com o princípio da *boa-fé* [131]. Não temos, em nosso Código Civil, uma disposição que o adote expressamente, como ocorre no direito alemão, parágrafo 242 do BGB.

Presente, todavia, sua indiscutível importância, conatural à própria idéia de "Direito", a boa-fé é entre nós positivamente considerada, funcionando como *critério orientador* para a solução judicial de casos concretos, dele derivando muitos outros *"deveres anexos"* ou *"secundários"*, como *o dever de informar com correção na publicidade comercial*, por exemplo, ou o *dever de atuar com lealdade no período anterior à efetiva contratação*. Nesse sentido, assim se posicionou a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, interpretando um contrato de compra e venda no qual a vendedora, após a entrega da loja e das mercadorias - objeto da avença - cancelou pedidos de mercadorias anteriormente feitos, ferindo a justa expectativa do comprador. Decidiu o Tribunal, por unanimidade, que *"o princípio da boa-fé supõe deveres anexos, de acordo com a*

---

[129] ESSER, op. cit., p. 7.
[130] ESSER, op. cit., p. 7
[131] Consoante ensinamentos de Pontes de Miranda, "Tratado de Direito Privado", vol. I, p. 142: "A boa fé possui múltiplas significações dentro do Direito. Refere-se, por vezes, a um estado subjetivo decorrente do conhecimento de certas circunstâncias, em outras, diz respeito à aquisição de determinados direitos como o de perceber frutos".

natureza do negócio e a finalidade pretendida pelas partes", de modo que *"entre eles, se encontra a obrigação da vendedora de pequena loja de vestuários não cancelar pedidos já feitos, com o que inviabilizaria o negócio e frustaria a justa expectativa do comprador"* [132] baseando-se pois a decisão no *venire contra factum proprium*, aplicável em razão do dever de lealdade que ocorre da boa-fé.

Todos os princípios, positivados ou não, necessitam de concreção. As cláusulas gerais atuam instrumentalmente como meios para esta concreção em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos [133]. Por esta via, idéias genéricas e alheadas de uma elaboração acabada e casuística - como as de boa-fé, bons costumes, uso abusivo de direito, usos do tráfico jurídico e outras similares, que só produzem frutos quando animadas por problemas reais, passam a funcionar como *"pontos de partida para a formação concreta de normas jurídicas"* [134] .

Tais cláusulas, pelas peculiaridades de sua formulação legislativa, não apenas consubstanciam princípios, mas permitem a sua efetiva inserção nos casos concretos. Cláusula geral, portanto, não é princípio - é regra. . Mas é norma especial à medida em que, por seu intermédio, um sistema jurídico fundado na tripartição dos poderes do Estado e no direito escrito permite ao Juiz *"a conformação à norma, à luz de princípios de valor não codificados, e com vinculação, controlada apenas pelos próprios tribunais, a critérios extralegais - mas em todo o caso convencionais - de base e de densidade empírica variáveis. Não são direito material posto pelo legislador, mas, simplesmente, standing points ou pontos de apoio para a formação judicial da norma no caso concreto"* [135].

A grande diferença entre princípio e cláusulas gerais, do ponto de vista da atividade judicial, está, pois, em que estas permitem a formação da norma não

---

[132] Ap. Civ. nº 589073956, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, 19-12-89. Na fundamentação do voto o Des. Relator expressou que "o princípio da boa-fé, com alcance geral, vigora no Brasil, apesar de não constar no nosso Código Civil dispositivo semelhante ao § 242 do BGB" (grifamos).
[133] ENGISH, op. cit., p. 232.
[134] ESSER, op. cit., p. 195.
[135] Idem, pp. 193 e 194.

através da interpretação do princípio, mas pela criação, através da síntese judicial [136] , onde encontram como elemento de atuação fatos ou valores éticos, sociológicos, históricos, psicológicos, ou até mesmo soluções advindas da análise comparativista, atuando tais critérios tradicionalmente tidos como extralegais através das verdadeiras "janelas" consubstanciadas em tais cláusulas.

Como se sabe, num sistema jurídico do tipo fechado a atividade judicial não é complexa. Na gênese do espírito codificador está o *mos geometricus*, a pretensão da plenitude, a estrutura piramidal, coerente e completa das leis, segundo ordem de escalonamento hierárquico onde os princípios pré-positivados de nada contam, relegados que estão ao universo escuro do "*não-Direito*".

Por muito tempo se acreditou na ilusão codificadora, mas neste século, tal ilusão caiu por terra. Sob o influxo das experiências vividas em outros sistemas jurídicos, em especial o da *common law*, a questão da rígida fidelidade à lei e aos vínculos conceituais típicos ao modelo de interpretação axiomática, é afastada, permitindo-se hoje a admissão, também nos sistemas jurídicos integrantes da "f*amília*" romano-germânica, da possibilidade da aplicação judicial do direito por via da concreção [137].

É assente que, nos ordenamentos do sistema romano-germânico, não é função primária do juiz converter-se em fonte do direito. Todavia, bem alertou Helmut Coing para a circunstância de que, inobstante *"não entre primariamente na missão do juiz converter-se em fonte do direito, esta é uma coisa que em todos os tempos acaba acontecendo".* [138]

Tal modelo de aplicação judicial do direito, nos mostra que a experiência de outros países do *Comom Law* , não é, por si só, antagônica à idéia de codificação. Mais do que isto, permite a visualização de uma *nova noção de sistema jurídico*.

---

[136] Idem, p. 195.
[137] Tais concepções surgem da aceitação, no sistema codificado, da idéia de "legislação judicial" exposta por W. HOLMES na obra The Common Law (1938), que foi aceita, principalmente, na Alemanha, a medida em que se ressalta o papel da jurisprudência como fonte de direito , ao lado da lei. Com tal posicionamento, na verdade está se transpondo , mutatis mutandi, o modelo dos precedentes para o âmbito do Civil Law.
[138] In Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1949, § 254, apud ESSER, op. cit., p. 30.

se conseguirmos afastar de nosso raciocínio as armadilhas da ilusão codificadora e admitirmos a possibilidade da convivência entre o código, as variadas leis especiais e um modelo de interpretação judicial que não dispense a utilização do raciocínio problemático de que tratou Viehweg em sua *Tópica.* Assim, poderá a codificação sobreviver como *"eixo central"* de cada sistema e subsistema individualmente considerado, entendidos estes, por óbvio, não mais à base de concepção típica às ciências exatas (tais como as regras do silogismo) , mas de um modo aberto.

Neste sentido, o direito positivado, tido como "centro" do sistema, se apresentará como um modelo amplo e abrangente de valores metajurídicos, flexível e sensível à dinâmica social, em razão, basicamente, de sua linguagem compreensiva da interferência dos princípios na sua concreção. Estes têm, na verdade, papel decisivo a desempenhar, sendo notável, neste sentido, a experiência alemã, de contínua leitura do texto expresso no parágrafo 242 do Código Civil, notadamente no que diz respeito à construção de um "*direito justo em matéria contratual*"[139].

---

[139] A idéia de "direito justo" é tratada desde Aristóteles que, na Ética de Nicômaco escreveu páginas todavia atuais em nossos dias, Em Platão, igualmente, o tema dos conteúdos da justiça ou ordenação "justa" da convivência humana é também uma questão central da Ética. Modernamente, na ultrapassagem do positivismo legalista, o tema foi retomado com vigor - é matéria recorrente dos estudos de MICHEL VILLEY, na França, assinalando, na Alemanha, KARL LARENZ que "concierne a los juristas, porque, si bien es cierto que los juristas pueden limitarse a cumplir las normas de un concreto Derecho positivo, o las decisiones judiciales que en ese derecho positivo sean vinculantes, no pueden evitar que se les coloque incesantemente ante el problema de saber si lo que hacen es o no 'justo', sobre todo cuando las relaciones vitales cambian y los casos no se plantean ya de un modo igual" (in Derecho Justo - Fundamentos de Ética Jurídica, cit., Proêmio, p. 19). Essa noção não está restrita à civilística. No direito administrativo a boa-fé - princípio fundamental no tema de "direito justo" - tem relevantíssimas consequências, em especial no que concerne aos efeitos da nulidade de certos atos. O "direito justo", no direito constitucional, conduzirá às idéias de igualdade, proporcionalidade, razoabilidade e controle; no direito processual, levará às noções de imparcialidade do juiz, refletindo, ainda, no amplo espaço reservado à tutela do contraditório; em matéria penal conduzirá à percepção de que a pena deve ser recebida como justa no caso concreto, iluminando, pois, o antigo debate acerca da proporcionalidade das penas.

Do mesmo modo, o Judiciário terá por meio da decisão judicial uma importante função protetiva do meio ambiente. Deverá lembrar-se da função de otimização dos "princípios ambientais".[140]

5.5 A função judicial e a tarefa protetiva do meio ambiente

5.5.1 O papel educativo do Judiciário na resolução das lides ambientais

Em face da maleabilidade do ordenamento jurídico, propiciada pelos princípios e cláusulas gerais de direito, o Poder Judiciário tem um papel fundamental na proteção ambiental.

A sentença judicial constitui-se uma fonte relevante do direito ambiental, ao conformar e ponderar princípios no caso concreto. Até antes desta conformação fática, não há direito posto, e, sim, direito proposto.

O juiz tradicional, para ser considerado imparcial e fazer justiça, limitava-se à mera aplicação da lei ao caso concreto, posto que era entendimento corrente de que competia ao Poder Legislativo a função precípua de fixar os parâmetros da Justiça.

Assim, a lei, conforme posta no ordenamento jurídico, devia ser cumprida, a despeito do resultado justo ou injusto, posto que, na sistemática anterior, o Juiz não passava de simples instrumento neutro de aplicação do direito material à hipótese submetida ao seu conhecimento e julgamento.

---

[140] "Por lo tanto, los principios son mandatos de optmización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos em diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de Ias jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos." (ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 86-87.

Esse mecanismo implicava na possibilidade de que, muitas vezes, ao dirimir os conflitos, o Juiz, ao invés de praticar a almejada Justiça, dando a cada um o que é seu, ocasionava verdadeiras injustiças.

No mundo contemporâneo, os fatos (mundo do ser) ocorrem e se desenvolvem de modo infinitamente mais rápido de que no âmbito da produção normativa (mundo do dever ser), de sorte que o legislador, em geral, atua a reboque dos acontecimentos, vindo a regular controvérsias só após o seu surgimento. Assim, compete aos Juízes, muitas vezes, adiantar-se em relação ao legislador e fazer justiça, quando não há disposição legal para a situação em exame, ou quando há, mas a normatividade é insuficiente para o fim almejado pelas partes. [141]

Na lide ambiental, consolida-se, conforme já vimos, o caráter difuso e transindividual dos conflitos, que devem ser concretizados à luz do fato. Abre-se, pois, espaço para que uma decisão favorável ou desfavorável ao meio ambiente ocasione outras inúmeras fundamentadas naquela específica decisão judicial ("leading case").

Nesse sentido, Nalini[142] afirma que:

> "Reclama-se a esse Juiz moderno postura diversa da tradicional, como ser ascético, distanciando da realidade, formulador de soluções hauridas na dogmática. O Juiz é hoje um solucionador de conflitos, um produtor de justiça, atuando como intérprete dos valores tutelados pelo pacto fundante."

---

[141] “A constitucionalização dos princípios gerais de Direito ocasionou o declínio da hegemonia do princípio da legalidade, que durante muito tempo reinou sozinho e absoluto, ao passo em que propiciou ascensão do princípio da juridicidade da Administração, o que conduziu à substituição da idéia do Direito reduzido à legalidade pela noção de juridicidade, não sendo mais possível solucionar os conflitos com a Administração Pública apenas à luz da legalidade estrita”. (MORAES, Germana de Oliveira. Controle jurisdicional da administração pública. São Paulo: Dialética, 1999, p. 23-24).

[142] NALINI, José Renato. *Magistratura e Meio Ambiente. In* LEX - Revista de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais. Ano 8, Julho de 1996, n. 83, p. 14.

Conforme afirma Cândido Dinamarco[143], a Lei nº 6.938/81, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, inovou e modificou a estrutura judicial de resolver conflitos ao identificar a lesão ambiental como transindividual e "de massa".

Portanto, como afirma Dinamarco, na seara ambiental espera-se dos Magistrados uma "sensibilidade a esses valores e à gravidade da missão que lhes dá a ordem jurídica, de dizer a última palavra em casos de alegada lesão".[144]

No mesmo sentido, Vera Jucovsky[145], *verbis:*

> Não se pode olvidar que o Juiz deve estar consciente de que o poder estatal que detém deve estar voltado ao serviço do povo, posto que todo o poder deste emana (art. 1º, parágrafo único, CF).
>
> Uma vez que o texto constitucional preceitua que todos têm direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, tendo sido ordenado ao Poder Público e à coletividade o dever de sua defesa e preservação para a atual e as futuras gerações (art. 225, CF), essa norma fundamental é também dirigida ao Juiz, a fim de que cumpra as obrigações impostas no art. 225, § 1º e incisos, da Carta, mormente o de promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública da preservação ambiental (art. 225, § 1º, VI, CF)."

José Renato Nalini destaca que o Juiz, no âmbito da legislação ambiental aplicada, torna-se um docente. A sentença judicial ambiental educa a sociedade e conscientiza o público no sentido da preservação do meio ambiente.[146]

Deve-se destacar, também, que ao decidir a lide ambiental, o Juiz não estará substituindo ao parlamento ou ao governo. Estará, sim, aplicando a norma, não na sua mera literalidade, mas sim no seu trabalho de torná-la concreta no caso apresentado.

---

[143] DINAMARCO, R. Cândido. *"O Poder Judiciário e o Meio Ambiente"*. *In* Revista dos Tribunais nº 631, ano 77, p. 24-28, São Paulo: Revista dos Tribunais, maio, 1988, pp. 25-26.
[144] DINAMARCO, op. cit. p. 28.
[145] JUCOVSKY, Vera Lúcia R. S. *O papel do juiz na defesa do meio ambiente. In* Revista de Direito Ambiental. Nº 19 - Ano 5 - julho/setembro de 2000 - Editora Revista dos Tribunais. p. 43.
[146] NALINI, José Renato. *"Magistratura e meio ambiente". In* LEX - Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais, nº 83, ano 8, pp. 9-21. São Paulo: LEX, julho, 1996. P. 11.

Na doutrina estrangeira, são inúmeros os estudiosos que se debruçaram sobre o tema. Deve-se, entretanto, destacar o trabalho de Mauro Cappelletti – "JUÍZES LEGISLADORES" – principalmente por tratar-se de estudo de direito comparado.

Assim, Cappelletti afirma que "quando se fala dos juízes como criadores do direito, afirma-se nada mais do que uma 'óbvia banalidade'".[147]

O que se deve analisar, segundo Cappelletti, é o grau da criação judicial, seus modos e limites. Desse modo, afirma que a única diferença possível entre o juiz e o legislador não é de natureza, mas de grau.[148]

Na matéria ambiental, a legitimidade da criação judicial vincula-se, conforme já visto, à sua natureza de normas-princípios.

Portanto, ressalta-se, em face das características das lides ambientais, o papel educativo do Judiciário de delimitar as condutas ambientais socialmente corretas.

5.5.2 O papel de controle do Judiciário sobre as ações do Poder Público no meio ambiente

Conforme já visto, o meio ambiente é um macro bem que pertence à coletividade. Portanto, mostra-se insuscetível de apropriação por quem quer que seja.

O Estado, assim como o particular, mostra-se como simples administrador de um bem que pertence a outrem.

A radical transformação por que passa a doutrina do Direito Administrativo, conforme indica o Professor Menelick de Carvalho Neto da UFMG, contribui,

---

[147] CAPPELLETTI, Mauro. *"Juízes Legisladores?".* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, p. 25.
[148] Idem, ibidem, p. 27.

também, para que a coisa pública não seja tratada, de forma exclusiva, somente pelo Administrador ou pelo Poder Executivo, *verbis*:

> Hoje nos é dado ver claramente que **o público não se reduz ao estatal**, pelo contrário, sabemos que sempre que essa redução ocorre, estaremos diante de uma privatização do público, passível de ser objeto do controle de constitucionalidade. **Os denominados conceitos abertos ou indeterminados levaram-nos, com Garcia de Enterria, por exemplo, a ver que o poder discricionário da Administração não é sinônimo de uma autorização em branco** dos administrados dada à mesma, mas que, ao contrário, **tratam-se de conceitos determináveis, que sempre são aplicados em uma certa situação concreta dada**, e que as especificidades da situação de aplicação exigem, a cada caso, uma única e determinada postura ou ação jurídica e constitucionalmente vinculada da Administração. Daí fomos capazes de ver sob o foco da luz do melhor Direito, com Ronald Dworkin, a tessitura aberta ou indeterminada, principiológica, de todo o ordenamento que, como demonstra Friedrich Müller, só se dá a conhecer pela mediação dos textos normativos, requerendo de modo inafastável a concretude e a singularidade das situações de aplicação.[149] (grifo nosso)

Papel, pois, fundamental o do Judiciário de possibilitar à sociedade o questionamento de decisões do Poder Público que sejam fundadas em critérios que afrontem a proteção ambiental.

Na atuação estatal na área ambiental, muitas vezes é necessário apreciar-se em juízo a eficiência, a oportunidade, a conveniência e a adequação de certas escolhas ligadas à tomada de decisões e a prática de atos do Poder Público.

Álvaro Mirra[150], nesse sentido, ilustra que se a Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN) decidisse depositar resíduos nucleares em determinada área, não obstante tenha competência para tal decisão, a questão poderia ser debatida no Judiciário por provocação de uma associação, por meio de ação civil

---

[149] CARVALHO NETO, Menelick de. “A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição”. *In Fórum Administrativo*, ano I, nº 1, Belo Horizonte: Fórum, mar., 2001, p. 11.

[150] MIRRA, Álvaro Luiz V. *"A defesa do meio ambiente em juízo: o papel das associações e o problema dos resíduos nucleares e perigosos". In* Revista dos Tribunais, nº 645, nº 78, p. 41-44, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 44.

pública, na qual poderia se provar que a solução adotada, conquanto legal, não é a melhor para o caso concreto.

Nesse sentido, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Sidney Sanches assinala que "é de todo imprescindível que os juízes se compenetrem de que interesses coletivos são tão ou mais importantes que os individuais".[151]

Nesse mesmo sentido a abordagem de Menelick de Carvalho Netto, "a ótica do administrado, do cidadão, requer que enfoquemos a esfera pública como algo bem mais amplo do que o mero estado que se encontra, sem dúvida, em seu centro". [152]

Assim, fica bem caracterizada a necessidade de conscientização da magistratura brasileira de sua função protetiva-ecológica criativa na decisão judicial das lides ambientais. Enfatiza-se, nesse caso, menos a separação de poderes e mais a função essencial dos juízes de concretizar os princípios e proteger os direitos fundamentais, esfera pública que transcende ao Poder Executivo e ao Estado.

BIBLIOGRAFIA

AARNIO, Aulis. Lo racional como razonable - um tratado sobre la justificación jurídica, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. "Interpretação" in Revista Ajuris, vol. 16, n. 45, p. 7 a 20 , Mar. de 1989.

ALEXANDRE KISS, em artigo intitulado "Sustainable Development and Human Rights", publicado na coletânea Direitos Humanos, Desenvolvimento Sustentável e Meio Ambiente, San José: IIDH, editada por Antônio Augusto Cançado Trindade, 1995.

---

[151] SANCHES, Sydney. "*O poder judiciário e a tutela do meio ambiente". In* Revista de Processo, nº 50, ano XIII, abril/junho, 1998, p. 95.
[152] CARVALHO NETTO, Menelick de. Idem, ibidem, p. 11.

ALEXY, Robert. Teoria de la argumentación jurídica, trad. de Miguel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudos Constitucionais, Madrid, 1989.

_____. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALVES, José Carlos Moreira. “Instalação de Assembléia Nacional Constituinte” in Revista de Informação Legislativa, a. 24, n 93, Jun/Mar, 1987.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Curso de Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. A Teoria das Constituições Rígidas, 2ª Ed., José Bushatsky, São Paulo, 1980.

BENJAMIM, Antônio Herman V. "Desapropriação, reserva florestal legal e áreas de preservação permanente". In Temas de Direito Ambiental e Urbanístico. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. “Função Ambiental”. In Dano Ambiental: Prevenção, reparação e repressão, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. “O princípio do poluidor pagador e a reparação do dano ambiental”. In Dano Ambiental: Prevenção, reparação e repressão, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BERTALANFFY, Ludwig von. Teoria geral dos sistemas, Trad. de Francisco M. Guimarães, Editora Vozes, Petrópolis, 1973.

BEVILÁQUA, Clóvis. Teoria geral do direito civil. 3ª ed. revista e ampliada por Caio Mario da Silva Pereira, Rio de Janeiro: Fernando Alves, 1980.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico, trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Editora UNB, Brasília, 1994.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

BURDEAU, Georges. Traité de Science Politique, Libraire Générale de Droit et da Jurisprudence, Paris, 1966.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, Coimbra: Coimbra, 1982.

_____. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. Proteção do ambiente e direito de propriedade (crítica de jurisprudência ambiental). Coimbra: Coimbra, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. "Juízes Legisladores?". Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993

CARRIO, Genaro R. Principios Jurídicos y positivismo jurídico. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.

CARVALHO NETO, Menelick de. “A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição”. In Fórum Administrativo, ano I, no 1, Belo Horizonte: Fórum, mar., 2001.

CASTANHEIRA NEVES, Alfredo. Metodologia jurídica - problemas fundamentais, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1993.

CASTRO, Roberto Siqueira. “O direito ambiental e o novo humanismo ecológico”. In Revista Forense, vol. 317, Rio de Janeiro, 1992.

COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação Constitucional. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

CONTI, Giorgio. La Valutazione di Impatto ambientale. Pádua: CEDAM, 1990, apud SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. São Paulo: Malheiros.

DINAMARCO, R. Cândido. "O Poder Judiciário e o Meio Ambiente". In Revista dos Tribunais nº 631, ano 77, p. 24-28, São Paulo: Revista dos Tribunais, maio, 1988.

DOTTI, René Ariel. Verbete Ecologia (proteção penal do meio ambiente). In Enciclopédia Saraiva de Direito, São Paulo: Saraiva, 1984.

DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Editorial Ariel, Barcelona, 1989.

EASTON, David. A framework for Political Analisis, Pretice Hall, New Jersey, 1965.

ENGISH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico, trad. de João Baptista Machado, 6ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, 1977.

ESSER, Josef. Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado. Barcelona: Casa Bosch, 1961.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação, Atlas, 1996.

_____. "A validade das normas jurídicas", in Revista Seqüência nº 28, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, 1994.

FUSTEL DE COULANGES. A cidade antiga, trad. de Souza Costa, Livraria Clássica Editora, Lisboa, 1929.

GARMENDIA, José. Dicionário de Ciências Sociais, Rio, Fundação Getúlio Vargas, 1986.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. Proteção do Meio Ambiente (caso do Parque do Povo). São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 702, Abril, 1994.

HÄRBELE, Peter. A Sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. por Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HASSEMER, Winfried . “O sistema do direito e a codificação: a vinculação do juiz à lei” in Revista AJURIS nº 36.

HESSE, Konrad. Escritos de derecho constitucional (Selección). Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

JUCOVSKY, Vera Lúcia R. S. O papel do juiz na defesa do meio ambiente. In Revista de Direito Ambiental. Nº 19 - Ano 5 - julho/setembro de 2000 - Editora Revista dos Tribunais

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, 2. ed., Trad. João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 1987.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Trad. de José Lamego, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

_____. La filosofía Contemporânea del Derecho y del Estado, trad. E. Galán Gutiérrez e Truyol Serra, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956.

_____.Derecho justo: fundamentos de ética jurídica, trad. por Luiz Diez-Picazo, Civitas, Madrid, 1985.

LEME MACHADO, Paulo Affonso. Estudos de Direito Ambiental Brasileiro, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos Eduardo. Introdução ao pensamento e à obra jurídica de Karl Larenz, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1995.

LUHMANN, NIKLAS. Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

_____. “O enfoque sociológico da teoria e prática do direito” in Revista Seqüência nº 28, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, 1994.

_____. Legitimação pelo procedimento, trad. Maria da Conceição Corte Real, Editora UNB, Brasília, 1980.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

MATEO, Ramón Martín. Derecho Ambiental. Madrid: Instituto de Estudio de Administración Local, 1977.

MATEO, Ramón Martín. Tratado de Derecho Ambiental. Madrid: Trivium, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. "Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem". In Revista de Informação Legislativa, nº 122, abr./jun., Brasília: Senado Federal, 1994.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, 2ª ed. reimpressa, Coimbra, 1987.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Coimbra: Coimbra, Tomo IV, 1988.

MIRRA, Álvaro Luiz V. "A defesa do meio ambiente em juízo: o papel das associações e o problema dos resíduos nucleares e perigosos". In Revista dos Tribunais, nº 645, nº 78, p. 41-44, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

________________. "Fundamentos do Direito Ambiental no Brasil". In Revista dos Tribunais, vol. 706, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MORAES, Germana de Oliveira. Controle jurisdicional da administração pública. São Paulo: Dialética, 1999.

MUKAI, Toshio. Direito Ambiental Sistematizado. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

NALINI, José Renato. "Magistratura e meio ambiente". In LEX - Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais, nº 83, ano 8, pp. 9-21. São Paulo: LEX, julho, 1996

NECKER, Tyll. “A responsabilidade ecológica dos empresários”. In A política ambiental da Alemanha a caminho da Agenda 21. Traduções nº 2, São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1992.

PAGANO, Michael; BOWMAN, Ann . “The State of American Federalism, 1994-1995”. In Publius: the journal of federalism,vol. 25, nº 3, Easton: Meyner Center for the Study of Federalism, 1995.

PARSONS, Talcott. The Social System, Five Press, Glencoe, 1951.

PENDERGRASS, John. “Direito Ambiental nos Estados Unidos da América”. In Revista de Direito Ambiental, ano 01, jan./mar., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de direito privado, 3ª ed., tomo IV, Rio de Janeiro:Bosch, 1972.

PRADO, Luiz Regis. “A tutela constitucional do ambiente”. In Revista Unimar, ano X, nº 12, São Paulo, 1992.

RANGEL, Paulo Castro. Concertação, Programação e Direito do Ambiente, Coimbra: Coimbra, 1994.

REALE, Miguel. “O Poder na Democracia”. In Pluralismo e Liberdade, São Paulo: Saraiva, 1963.

_____. Pluralismo e Liberdade.São Paulo: Saraiva, 1963.

RIBEIRO DOS SANTOS, Antônio Silveira. “O direito Ambiental e a participação da sociedade”. In Revista de Direito Ambiental, ano 1, nº 03, jul./set., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

SANCHES, Sydney. "O poder judiciário e a tutela do meio ambiente". In Revista de Processo, nº 50, ano XIII, abril/junho, 1998.

SANCHIS, Luis Prieto. Sobre principios y normas problemas del razonamiento jurídico. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. A obrigação como processo, Bushatsky, São Paulo, 1976.

SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997.

TÖPFER, Klaus. “Solidariedade e responsabilidade global pelo meio ambiente e pelo desenvolvimento”. In A política ambiental da Alemanha a caminho da Agenda 21. Traduções, nº 2, Konrad-Adenauer-Stiftung, 1992.

WARAT, Luis Alberto. “Eco-cidadania e Direito–Alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação”. Trad. por José Luis Bolzan de Morais. In Revista Seqüência nº 29, setembro, Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 1994.

WIEACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno, trad. de A. M. Botelho Hespasla, Lisboa, 1980.

O DIREITO À INFORMAÇÃO E A GOVERNANÇA DA INTERNET

João Francisco da Mota Junior

INTRODUÇÃO

Internet e direito à informação são elementos intrínsecos na Era da Informação, e classificados como instrumentos ou direitos fundamentais, são considerados fatores formativos, integrativos, construtivos e assimilativos da democracia contemporânea. Numa visão mais ampla, os processos de conhecimento e a obtenção de informação pela internet dão forma e existência a essa sociedade cada vez mais globalizada, tecnológica e informatizada.

O presente trabalho, assim, busca indagar como a governança da internet pode ingerir na garantia e no acesso ao direito à informação.

A governança da internet e o direito à informação, por si sós, já trazem uma gama de imprecisões, questionamentos e desafios no mundo cibernético.

A importância do direto à informação, por sua própria natureza, denota variáveis que se relacionam com a possibilidade de acesso, abrangência de conceito, objeto de acesso e qualidade da informação. Por sua vez, a regulamentação da internet parece ser um fenômeno irreversível – ainda que refutável defesa contrária – mas com formatação e modelo não definidos.

Nesse sentido, far-se-á uma análise do direito à informação como direito fundamental e a relevância da internet e sua regulamentação, sobretudo, na visão do Grupo de Trabalho de Governança de Internet – GTGI[153] em oposição à Declaração de Independência do Ciberespaço.[154]

---

[153] *The Working Group on Internet Governance* (WGIG).
[154] *Declaration of Independence of Cyberspace.*

Por oportuno, ao se falar sobre governança da internet não poderia deixar de destacar o marco civil da internet brasileiro em tramitação, com análise dos principais aspectos da proposta relacionados ao objeto estudado.

O direito à informação e a regulamentação da internet estão intimamente interligados e denotam um campo fértil, passando pela imensidão de uma tundra, aridez de um deserto, imprecisão de um terreno movediço, e a inimaginável ideia de espaço.

2 DIREITO À INFORMAÇÃO E INTERNET

2.1 O direito fundamental à informação

O surgimento do direito à informação está atrelado ao desenvolvimento do Estado Liberal que culminou no processo revolucionário de caráter social e político da Revolução Francesa, e posteriormente com um fenômeno científico-tecnológico da primeira Revolução Industrial. A base individualista do estado liberal, com suas duas garantias fundamentais na organização contra possíveis abusos (separação de poderes e do Estado de Direito), também fez definir um espaço de liberdade dos indivíduos contra o Estado (*Bill of Rights*), e conseqüentemente, a "fundamentalização" de direitos por meio da legalidade.

Assim, a Lei de Liberdade de Imprensa (*Freedom of the Press Act*) suíça, de 1766 é tida como a primeira lei que tem um capítulo específico sobre a natureza pública dos documentos oficiais, prevendo que todo indivíduo tem o direito de acessá-los, salvo aqueles classificados como secretos; e posteriormente o direito à informação também foi reconhecido pela Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.[155][156]

---

[155] Saliente-se ainda que haja alguns registros antecedentes como na China, onde a tradição humanista já exigia que os governantes prestassem "contas" de suas ações.

[156] No ano de 1888 surgiu a Lei de Acesso à Informação Pública na Colômbia, para em 1951 advir na Finlândia e em 1966 no Estados Unidos. No restante do mundo, na maioria maciça, o direito à

Nesse momento histórico, percebe-se que a difusão e abertura de informações foram fundamentais para a formação de intelectuais e pensadores da época e especialização das fontes de informação.

Após a Segunda Guerra, a nova visão sobre a teoria dos direitos fundamentais, o direito à informação é ratificado como uma garantia fundamental e intrínseca aos Estados Democráticos, como previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (art. 19), e posteriormente em tratados e convenções internacionais, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 19, ONU-1966), a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (art. 13, OEA-1969), a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (art. 9, OUA-1981) e Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (art. 10, 1950).

Agregando ao Sistema de Proteção dos Direitos Universais, cita-se ainda a Declaração Conjunta Anual dos Relatores da ONU, OEA e OSCE para a Liberdade de Expressão, a Declaração Inter-Americana de Princípios para a Liberdade de Expressão (2000), a Convenção de Aarhus (2001), a Declaração de Princípio para a Liberdade de Expressão na África (2002), e a decisão da Corte Inter-Americana de Direitos Humanos no caso Claude Reyes, (2006), sobre a importância desse direito universal e inconteste.

Em 2008, o direito à informação vem novamente a ser reconhecido como direito fundamental, quando a Declaração de Atlanta - produzida durante a conferência internacional no Carter Center, em Atlanta, na Geórgia (EUA), de 27 a 29 de fevereiro de 2008 – sustentou veemente que o acesso a informações tem *status* idêntico ao de outros direitos humanos. Indo além, assevera a Canela e Nascimento (2009, p. 28) que a Declaração de Atlanta demonstra que o direito de acesso a informações:

> aumenta as noções de cidadania, de boa governança, a eficiência da administração pública, a fiscalização e o combate à corrupção, o desenvolvimento humano, a inclusão social e o êxito de outros direitos socioeconomicos, civis e políticos.

---

informação veio a ser regulamentado por leis específicas nas décadas de 1990 e 2000.

No Brasil, em que pese a existência do *Freedom of the Pres Act* (1766) e da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), somente com a Constituição de 1934 houve a previsão para o cidadão ter acesso a informações que a ele se referiam, bem como dos "negócios públicos" (art. 113, 35).

A Constituição de 37, bem como as Constituições de 1824 e de 1891, nada dispuseram sobre o direito à informação, para somente em 1946, com a redemocratização, novamente ressurgir o direito – ainda de forma tímida – para conferir a "ciência aos interessados dos despachos e das informações a que eles se refiram" (art. 141, § 36, II), e excluindo da terminologia ampla sobre "negócios públicos" da Carta de 34.

As Cartas de 67 e 69 preconizaram o direito do cidadão em obter "prestação de informações independentemente de censura", "nos termos da lei" (art. 153, § 8º), para a Constituição de 88 expressamente "fundamentalizar"[157] tal direito (art. 5º, XXXIII) – regulamentado recentemente pela Lei nº 12.527/2011, denominada LAI.[158]

O reconhecimento universal e pátrio do direito fundamental à informação deve ser visto como uma conquista ampla e social, mas não permite afirmar que sua simples "fundamentalização" em textos normativos o torna efetivamente garantido ou assegurado.

Num sistema participativo e "informatizado", o direito à informação é corolário para o exercício pleno da democracia, de modo que as informações sejam em regra públicas, em face do interesse coletivo. Torna-se, portanto, um direito individual e coletivo e um dever do Estado de prestá-lo e garanti-lo, por quaisquer – e acessíveis – meios, como a internet.

---

[157] Verifica-se desse comparativo histórico-constitucional a necessidade de uma norma regulamentadora quanto ao direito de informação contidas nas Constituições de 34, 46, 67 e 69, e confirmada pelo Constituinte de 88.
[158] A referida lei também regulamentou os arts. 37, § 3º e 216, § 2º, da CF. No âmbito federal, encontra-se ainda regulamentada pelo Decreto nº 7.724/2012, enquanto cabe aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, em legislação própria, definir regras específicas (art. 45, LAI).

Não por outro motivo que o Supremo Tribunal Federal – STF (2008) aventa que um dos fundamentos da democracia encontra-se na “informação em plenitude e de máxima qualidade”.

A Declaração sobre o Direito e a Responsabilidade dos Indivíduos, Grupos ou Órgãos da Sociedade de Promover e Proteger os Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais Universalmente Reconhecidos, da ONU de 1998, proclama em seu art. 6º:

> Todos têm o direito, individualmente e em associação com outros:
> a) De conhecer, procurar, obter, receber e guardar informação sobre todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, nomeadamente através do acesso à informação sobre a forma como os sistemas internos nos domínios legislativos, judicial ou administrativo tornam efetivos esses direitos e liberdades;
> b) Em conformidade com os instrumentos internacionais de direitos humanos e outros instrumentos internacionais aplicáveis, **de publicitar, comunicar ou divulgar** livremente junto de terceiros opiniões**, informação e conhecimentos sobre todos os direitos humanos e liberdades fundamentais**;
> c) De estudar e debater a questão de saber se todos os direitos humanos e liberdades fundamentais são ou não respeitados, tanto na lei como na prática**, de formar e defender opiniões** a tal respeito e, através destes como de outros meios adequados, de chamar a atenção do público para estas questões. (*grifo nosso*)

O direito à informação, portanto, está atrelado diretamente ao “direito de saber” abrangente de todo conhecimento, informação e expressão[159]. Este direito situa-se no plano dos novos direitos fundamentais do cidadão, compreendido direito da quarta geração[160] como ensina o Paulo Bonavides (2001, p. 74-78) ao situar o direito à democracia – ao lado do direito à informação e do direito ao pluralismo.

---

[159] Com base em alguns desses normativos internacionais, muitas Constituições vigentes relacionam o direito à informação à liberdade de expressão.

[160] Alguns autores defendem haver esta quarta geração de direitos, em especial Bobbio, mas para este esta geração estaria relacionada à “engenharia genética”. (In BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6). Há ainda a defesa de uma quinta geração, como defendido pelo próprio BONAVIDES, sendo então o “direito à paz”.

Neste contexto o direito à informação deve tomar um conceito mais abrangente que a simples "obtenção ou divulgação de informação" pelo cidadão. Uma definição atual denota uma ideia de conhecimento amplo e participativo de informar, de se informar e de ser informado.

Canotilho e Moreira (1993, p. 189) assim aduzem que:

> O direito à informação [...] integra três níveis: o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado. O primeiro consiste, desde logo, na liberdade de transmitir ou comunicar informações a outrem, de as difundir sem impedimentos, mas pode também revestir de forma positiva, enquanto direito a informar, ou seja, direito a meios para informar. O direito de se informar consiste designadamente na liberdade de recolha da informação, de procura de fontes de informação, isto é, no direito de não ser impedido de se informar. Finalmente, o direito de ser informado é a versão positiva do direito de se informar, consistindo num direito a ser mantido adequadamente e verdadeiramente informado, desde logo, pelos meios de comunicação [...] e pelos poderes públicos [...].

O direito à informação, portanto, consiste nas pessoas naturais e jurídicas divulgarem, conhecerem e receberem dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, ressalvados àquelas referentes a sigilo por uma questão de segurança do Estado, em proteção à soberania ou a defesa nacional, ou por uma questão individual, em proteção ao cidadão individualizado. Conseqüentemente, as informações por envolverem fatos devem ter uma "qualidade" suficiente e adequada ao interesse do cidadão-solicitante, de modo que sejam disponíveis, verazes, autênticas e íntegras.

Ressalta-se que o direito à livre manifestação de pensamento não deve ser confundido com o estrito direito à informação – embora denotem convergências -, pois neste, diferentemente daquele, sempre se pressupõe um dado autêntico e verdadeiro.

Também há de ser diferenciado o direito à informação pública ou coletiva e o direito à informação individual ou privada, protegida pela CF (art. 5º, X), e regulamentado em leis, como na própria LAI. Com efeito, o interesse da

coletividade fica limitado à proteção do indivíduo, como pessoa humana e sujeito de direitos indisponíveis.

2.1 A internet e conhecimento na Era da Informação

A importância da tecnologia na vida das pessoas cresce a um ritmo incontável. A internet, as redes e tecnologias relacionadas passaram a ser instrumentos indispensáveis para a difusão do conhecimento e organização das estruturas de todas as sociedades do globo.

De acordo com o sociólogo Manuel Castells (2005), a partir do final do século XX o mundo passou a viver uma nova era, um intervalo histórico cuja característica é a transformação da cultura material pelos mecanismos de um novo paradigma tecnológico que se organiza em torno da tecnologia da informação. Noutro lado, "a profundidade de seu impacto [*da tecnologia da informação*] é uma função da penetrabilidade da informação por toda a estrutura social" (*idem*, p. 114).

No mundo atual, sem dúvida, a relação entre conhecimento e poder ganha mais conotação quando se compreende que o conhecimento tecnológico e informático possa ser fator de dominação.

Por outro lado, as novas tecnologias e o infinito conhecimento proveniente da internet faz com que o direito à informação tome um lugar de relevância e destaque no conjunto dos direitos humanos.

Conhecimento e poder tornam-se muito mais simbióticos na Era da Informação.[161]

Para George Marmelstein (2008, p. 113):

> O acesso à informação, enquanto direito fundamental, certamente ganhou uma nova conotação e cresceu substancialmente de

[161] A terminologia "Era da Informação" foi utilizada por Peter Burker (2003), e hoje também é reconhecida por muitos doutrinadores, como Joaquín Herrera Flores (2008, p. 128) e Manuel Castells (2005).

> importância após o surgimento da internet. De fato, nesta ‘Era da Informação’, onde o ‘conhecimento é poder’ e ‘o que não está no google não está no mundo’, o simples acesso à ‘informação’ já seja talvez um direito tão essencial quanto a própria liberdade de expressão.
> A importância do direito à informação na Era da Informação ganha maior relevância frente a uma nova ideia de ciberdemocracia (LUÑO, 2004), numa sociedade informada e informatizada.

O direito à informação justifica ou pode estar atrelado a outros direitos fundamentais, de modo a interpretá-lo não apenas como garantia em si, mas também como instrumento da garantia de outros direitos. Conforme preconizam Canela e Nascimento (2009, p.1):

> o exercício prático do princípio constitucional de que “todo poder emana do povo” está condicionado ao acesso da população ao conhecimento e à informação. A noção de democracia, consagrada pela Constituição Federal brasileira, está vinculada à capacidade dos indivíduos de participarem efetivamente do processo de tomada de decisões que afetam suas vidas. Não existe democracia plena se a informação está concentrada nas mãos de poucos.

O direto à informação como visto é corolário para a garantia de outros direitos fundamentais, considerando que o acesso à informação pelo cidadão propicia que ele possa melhor exigi-los, como também lhe permite a liberdade de escolha e atuação. Com efeito, não se olvida que as grandes conquistas da humanidade estão atreladas direta ou indiretamente ao domínio do processo de conhecimento ou informação.

Nesses desafios da Era da Informação, considerando que toda essa avalanche de revolução possui reflexos diretos nas relações jurídicas entre as pessoas, as sociedades empresárias e os governos de todos os países do globo, pode-se concluir que os ramos do Direito também estão diretamente relacionados com o processo de globalização.

O direito à informação deve estar antenado a esse novo ciberespaço, e conseqüentemente sofrerá ingerência quanto à necessidade ou da regulamentação da internet.

Segundo o Glossário da Sociedade da Informação (2005), o ciberespaço[162], ou espaço cibernético, é uma metáfora que descreve o espaço criado por redes de computadores, a internet. É um espaço não físico onde as pessoas se comunicam de diferentes maneiras (bate-papo, correio eletrônico, fóruns de discussão, etc).

A internet, surgida na década de 60, sai da ARPANET dos EUA para ganhar o mundo globalizado, firmando seu ciberespaço.

Há como pensar o mundo atual sem a internet? Como ficariam as relações econômicas e financeiras, o fluxo de informações, a rede de comunicação, a defesa nacional e estratégias militares?

Por tudo isso a internet é considerada como universal e irreversível, ganhando *status* de direito fundamental, como expressamente reconhecida pela ONU, por meio do relatório A/HRC/17/27 (2011). Por este escrito, o Conselho de Direitos Humanos da ONU explora as tendências e os principais desafios para o direito de todos os indivíduos buscar, receber e difundir informações e ideias de todos os tipos através da internet, ao destacar a natureza única e transformadora da internet não só para capacitar os indivíduos a exercerem o seu direito à liberdade de opinião e de expressão, mas também uma gama de outros direitos humanos, e para promover o progresso da sociedade como um todo.

No mesmo ano, o Brasil aderiu à *Open Government Partnership* (OGP) ou Parceria para Governo Aberto que visa debater e trocar experiências sobre as melhores práticas em abertura de informações para a sociedade, em transparência nas ações do governo e sobre os novos caminhos para a governança pública no século XXI.[163] Uma das 03 leis que norteia os dados

---

[162] Vale destacar que o termo ciberespaço foi citado pela primeira vez pelo escritor Willian Gibson, em seu romance denominado "Neuromancer" (2005). É o neologismo da palavra em inglês *cyberespace*.

[163] A OGP trata-se de uma iniciativa internacional visando assegurar que os países parceiros prestem compromissos concretos para promoção da transparência, luta contra a corrupção, participação social e de fomento ao desenvolvimento de novas tecnologias, efetivando a

abertos é que “se o dado não pode ser encontrado e indexado na Web, ele não existe”.[164]

A internet, como fenômeno social e transformador, ganhou natureza multidisciplinar. Nela conversa-se com amigos e parentes, trabalha-se, interrelaciona-se com o mundo, conhece-se e exerce-se direitos.

O ciberespaço e a internet delimitam poderes, com valores implícitos de controle e liberdade, daí a importância do estudo de sua arquitetura, pois, “tudo vai depender das decisões políticas que estabelecerão sua arquitetura, assim como acontecem com o mundo real” (SÁVIO, CUKIERMAN & MARQUES, 2005, p. 06).

A Era da Informação requer novos e redefinições de parâmetros para que os indivíduos melhor convivam e desfrutem de sua arquitetura e ciberespaço.

3 A REGULAMENTAÇÃO DA INTERNET E O DIREITO À INFORMAÇÃO

Sabedores da relevância da internet e de seu ciberespaço, indaga-se sobre a necessidade de uma regulamentação, ou de como esta deveria ser formatada ou estruturada.

Neste sentido, o capítulo 2 (*Perspectives on Internet Law*) da obra *Internet Law* de Michael L. Rustad (2009, p. 35-50), professor da *Suffolk University Law School*, faz uma abordagem geral sobre esta regulamentação da internet, por meio dos diferentes modelos defendidos sobre a Governança da Internet, em destaque para os argumentos defendidos pelo Grupo de Trabalho sobre Governança da Internet (GTGI) – “*WGIG - Working Group on Internet Governance*” – em oposição às ideias defendidas pela Declaração de Independência do Ciberespaço.

---

accountibility.
[164] Ver http://dados.gov.br/dados-abertos/.

Inicialmente, o autor destaca o desafio de uma regulamentação da internet (*Internet law ou cyberlaw*), não apenas por se tratar de recente tema, com seus 20 anos, e a abrangência desta regulamentação, considerando que a matéria envolve acordos internacionais, competência extraterritorial, questões de mercado rápido, softwares, contratos, crimes, propriedade intelectual e regulação (2009, p. 35).

A emergência da internet é fato inconteste, e sua capacidade de transmitir dados trouxe transformações culturais, com mudança sobre ideias de comunicações, conhecimento, invenção, informação, soberania, identidade e comunidade.

A ideia de fluidez e mutabilidade da internet se equipara ao próprio direito, dinâmico e não hermético, como já apregoava Bejamin N. Cardozo em 1921 vendo o direito como um “tornar sem fim” (*idem*, p. 36).

Depreende-se que há posicionamentos diversos quanto à necessidade ou não de uma regulamentação da internet.

De plano, argumenta o Juiz Frank Easterbrook norte americano, em 1996, pela defesa da “desnecessariedade” da tal regulamentação, uma vez que as leis atuais já poderiam ser aplicadas à internet.

Em posição contrária, Lawrence Lessig discorda de Frank ao defender que deve haver uma conexão entre a lei, o mercado, códigos e ciberespaço, consequetemente, as leis devem ser adequar a essa “interconexão”. Lessig juntamente com Patrícia Bellia utilizam argumentos mais amplos e visionários da internet, de modo que estudantes repensem sobre vários aspectos tradicionais da doutrina e do direito, em face das várias questões que envolvem a internet (RUSTAD, 2009, p. 38).

Há de se ressaltar, de fato, que os problemas relacionados à internet têm movimentado o legislativo, fazendo adequar a lei à situação-problema. No Brasil, se pode verificar no recente caso de Carolina Dieckmann que acelerou a aprovação da Lei nº 12.737/2012.

A amplitude do ciberespaço faz surgir um conceito de “governança da internet”, também diverso, o que por sua vez faz surgir “modelos” dessa governança. Destarte, o conceito de governança é usado em diferentes contextos e atividades, como desenvolvimento, regulação e legislação, mas para o autor, governança deve envolver o governo, o setor privado e a sociedade civil pelos aspectos de normas, tomadas de decisões e programas relacionados ao uso e evolução da internet.

Assim, para Rustad (2009), as teorias da governança da internet estão concentradas em 5 campos: liberais (autogoverno); criação de instituições transnacionais; regulação de arquitetura e software; regulamentação não diferente do direito civil; e, regulamentação equilibrada de acordo com a movimentação do mercado e da economia. Para o autor, esses campos se excluem, mas os juízes podem incorporar um ou mais desses campos em suas decisões.

3.1 A liberdade da Declaração de Independência do Ciberespaço

O modelo liberal (*self-governing*) baseia-se no manifesto do ativista político John Perry Barlow, intitulada Declaração de Independência do Ciberespaço. A Declaração foi publicada em 8 de fevereiro de 1996 em Davos, na Suíça, entendida como resposta à promulgação da Lei de Reforma das Telecomunicações nos EUA (*Telecom Reform Act*).

Como o próprio nome sugere, os liberais sustentam que as regras da internet são da própria internet. A internet deve ser livre de qualquer censura governamental, diante de uma “utopia” de Barlow.

Bem resume a ideia deste manifesto, em suas primeiras considerações:

> Governos do Mundo Industrial, vocês gigantes aborrecidos de carne e aço, eu venho do espaço cibernético, o novo lar da Mente. Em nome do futuro, eu peço a vocês do passado que nos deixem

> em paz. Vocês não são benvindos entre nós. Vocês não têm a independência que nos une.[165]

Para os liberais, leis que regulamentam a internet têm as mesmas conotações de normas nazistas, ditatoriais ou autoritárias por restringir a liberdade. A internet livre pode gerar democratização do sistema mundial, apesar dos defensores da privacidade preocuparem-se com o potencial de vigilância generalizada e a emergência de uma nova forma de um panótico (RUSTAD, 2009, p. 41) - método de controle social por Jeremy Bentham. Os liberais reforçam seus argumentos com questões de difícil solução da internet como a territorialidade, soberania e identificação de localização de emails ou controle de ligações via internet.[166]

A internet cria uma crise de legitimação englobando uma crise de autoridade, na visão habermasiana.

Com efeito, o conceito de "geografia" da internet não é o mesmo de "geografia" do mundo real, e que os princípios tradicionais do direito não se amplicam ao mundo virtual, na melhor defesa de David R. Johson e David R. Post (RUSTAD, 2009, p. 41).

Nos termos da referida declaração:

> Você não nos conhece, nem sabe que nosso mundo. **A Internet não se limita a suas fronteiras. Não pense que você pode construí-lo**, como se fosse um projeto de construção pública. Você não pode. **É um ato da natureza** e cresce por si próprio através de nossas ações coletivas. (*grifou-se*)

Como ato natural de criação, a internet não pode ser regulamentada, pois não tem "dono", "domínio" nem "governo". "Nós não temos governo eleito, nem

---

[165] Disponível em: http://www.dhnet.org.br/ciber/textos/barlow.htm.

[166] LESSIG (1999) refuta esta visão como "tão ingênua quanto incompleta" sob o argumento de que, nas descrições do arcabouço político e legal do ciberespaço, devemos analisar a importância e o papel do "código", formado por todos os elementos de hardware e software usados na construção da realidade virtual do ciberespaço. A época, Barlow respondeu, em entrevista à revista *Wired* (24/08/1998), afirmando que: "No final das contas, Larry [Lessig] quer criar um ciberespaço seguro para a lei. Eu quero manter a lei fora do ciberespaço". Disponível em: <www.wired.com/news/politics/0,1283,14589,00.html> .Acesso em: 15 set 2013.

somos propensos a ter um, portanto, tratá-lo sem maior autoridade do que aquela com a qual a liberdade que sempre fala.”

O mundo da internet é virtual e não tem forma, daí se “nossas identidades não possuem corpos, ao contrário de você, não podemos obter ordem por meio da coerção física” como regulamentar essa atividade?

Os liberais, portanto, propõem uma internet completamente livre de qualquer ingerência, tendo em vista que já tem seus próprios princípios, regulamentos e ética.

A internet livre assegura uma participação democrática do ciberespaço com acesso irrestrito ao conhecimento, longe de qualquer discriminação, controle e intolerância.

A “utopia” dos amantes e seguidores da Declaração de Independência do Ciberespaço demonstra um grande conhecimento sobre o ciberespaço, sua necessidade e força.

3.2 Grupo de Trabalho de Governança de Internet – GTGI e modelos de regulamentação

Em oposição aos “liberais utópicos”, existe atualmente o Grupo de Trabalho de Governança de Internet – GTGI (*WGIG - Working Group on Internet Governance*) da ONU, como governança transnacional da internet, criado em 2003, após debates da Cúpula Mundial da Sociedade da Informação (WSIS - *World Summit on the Information Society*), com o fim de se criar um acordo acerca do futuro da Governança da Internet. Por meio dessa organização, busca-se uma internet multilateral, transparente e democrática. Para isso, todos os atores implicados - governos, sociedade civil, o setor privado e a comunidade científica - devem ser parte do GTGI (RUSTAD, 2009), posição esta também defendida pelo governo brasileiro. Segundo representante do governo do Brasil:

> O governo do Brasil NÃO quer que os governos controlem a internet. Quer apenas que nas instâncias governamentais que discutem o futuro da gestão da internet, os USA não fique só e imperial. O governo do Brasil exige a sua participação e dos demais países do planeta em igualdade de condições com o governo dos USA.(...)
> A governança de Internet é muito mais do que a simples administração de nomes de domínio e endereços de propriedade intelectual. Proteção de dados, spam, cyber-segurança, multilinguagem e conteúdo local são questões da governança de Internet. Custos de interconexão, proteção da propriedade intelectual, e a divisão digital também são questões da Internet. (....)
> Multilateralismo é uma condição para legitimidade. Legitimidade implica independência e uma participação de todos os países, o que claramente não é o caso do ICANN. (*Posição oficial do Brasil sobre Governança da Internet*, em 6 de outubro de 2004, Ministério das Relações Exteriores do Brasil).

Consequentemente, o caráter democrático deve ser entendido como uma maior participação viável de todos os interessados envolvidos no sistema atual da governança de Internet, uma vez que a Corporação da Internet para Atribuição de Nomes e Números (ICANN - *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*) não foi capaz até agora de superar o fato de ter sido constituído sem uma prévia consulta a outros governos.

Não existe um consenso sobre a terminologia “governança da internet”, termo este freqüentemente usado no mundo dos negócios, como “governança corporativa”. No entanto, deve-se compreender que a governança na rede envolve diversos assuntos, como segurança, privacidade, controle de conteúdo, liberdade de expressão, defesa do consumidor, tributação, propriedade intelectual, cibercrimes, regulamentação de telecomunicações, políticas de competição, inclusão digital, universalização de acesso e a coordenação e padronização técnica da Internet.

O próprio GTGI definiu a governança da internet, quando de sua criação como o “desenvolvimento e a aplicação por governos, setor privado e sociedade

civil, em seus respectivos papéis, de princípios comuns, normas, regras, processos decisórios e programas que moldam a evolução e o uso da Internet”.

Em estudo realizado por Everton Lucena (2011) sobre o histórico da governança da internet, percebe-se que desde a criação da ARPANET havia um “controle operacional” da internet, quando a partir de 1990, a popularidade da rede fugia da competência da Fundação Nacional de Ciência (*National Science Foundation* – NSF)[167].

Os interesses econômicos e comerciais já eram intensos, quando em 1998 foi criada a ICANN (Corporação para a Designação de Nomes e Números da Internet) [168] , fazendo com que o governo norte-americano chamasse a responsabilidade para definir regras da nova entidade. Surgia, assim, com o tempo insatisfações de outros governos não apenas ideológicas como técnicas sobre a concentração de poder em Washington. Havia assim uma “quase-privatização” da governança da internet pelos EUA (SÁVIO, CUKIERMAN & MARQUES, 2005, p. 74).

Em 2000, a ONU busca esta aproximação com a ICANN, fazendo criar em 2003 a Cúpula Mundial sobre Sociedade de Informação (CMSI), cuja proposta já tinha sido pautada desde 1998 pela Conferência Plenipotenciários da União Internacional de Telecomunicações (UIT).

Michael Rustad (2009, p. 46-48) elenca 13 problemas relacionados à governança da internet como o controle unilateral dos provedores norte-americanos, a falta de mecanismos multilaterais e as questões de cibercrimes, dentre outros.

---

[167] Em 1992 a ARPANET era incorporada por esta, e autorização para conexão a redes comerciais.

[168] A ICANN, portanto, é um órgão mundial responsável por estabelecer regras sobre o uso da internet, respondendo pela distribuição de endereços IP, pela designação de identificações de protocolo, pelo controle do sistema de nomes de domínios de primeiro nível (exemplo: *.com*, *.net*, *.org*, etc.) e de países (exemplo: *.br*, *.uk*, *.fr*, etc.), sendo responsável também por coordenar o controle dos elementos técnicos do DNS (*Domain Name System*) - que localiza qualquer endereço válido na internet - além de possuir funções de administração central da rede de servidores.

Um dos grandes desafios dessa governança é a questão dos crimes praticados na internet e por meio dela. Discussões à parte, o grande problema da criminalidade *online* é o da identificação do autor, seja ele *hacker* (invade sistema por diversão/desafio), *cracker* (invade sistema para adulterar, furtar e prejudicar), *phreaker* (especialista em fraude de telecomunicações), *cyberpunks e cyberterrorists* (desenvolvimento e difusão de vírus), e suas variações de qualificação ou tipos. Outrossim, a variedade de condutas e a identificação e qualificação desses sujeitos dificultam a tipicidade penal informática, assim como no problema de autoria, com a arquitetura do ciberespaço e a dificuldade com a identificação de IP, *test accounts* (contas falsas), *anonymous remailers*, em exemplo.

Noutro lado, o problema quanto à competência reside na questão da soberania e jurisdição. O espaço virtual diferencia-se do espaço real, além do caráter internacional da rede sem fronteiras e sem dono. É o exemplo que do remetente ao destinatário de um email se pode passar por vários países, várias jurisdições, em face do tráfico e disponibilidade da rede.

Os problemas relacionados à governança da internet não teriam o condão, no entanto, de afastar uma regulamentação do ciberespaço. No âmbito do direito pátrio Vlademir Aras (2001, p. 2), com base em dispositivos constitucionais (art. 5º, II, X, XII, XXV e XXXIX, CF), afasta 02 mitos relacionados ao ciberespaço, portanto: "o de que a Internet não podia ser regulamentada pelo Estado e o de que haveria liberdade absoluta nesse ambiente".

O GTGI postulou quatro paradigmas internacionais da governança da internet, sendo que cada modelo desempenha funções tais como auditoria, arbitragem, definição de política, regulamentação e do dia-a-dia da gestão operacional e tem uma estrutura organizacional diferente. São eles:

a) o **Conselho Global da Internet** – seria uma união de nações que vão se apropriar de representação da internet para levar ao ICANN, iria sincronizar as políticas já existentes e supervisão da internet;

b) **Não supervisão específica** – seria uma alternativa ao ICANN, mas de forma internacional, de modo a ter a participação igual dos atores – governo, sociedade civil e setor privado);

c) o **Conselho Internacional da Internet** – seria outra alternativa ao ICANN, avançando em questões de políticas públicas como a gestão de recursos e acesso à internet); e

d) o **Modelo Misto** – nesse modelo, o governo tem liderança e desenvolvimento de política públicas sob a fiscalização do Conselho de Política Global da Internet (GIPC), sendo que a participação da sociedade civil e o setor privado seriam apenas como observadores.

Significa dizer que ainda inexiste um modelo de governança da internet a ser seguido – ou ao menos definido -, e na mesma dúvida indagada no início do capítulo estudado, Michel Rustad (2009, p. 50) reconhece não saber quais desses modelos irá emergir.

3.3 O direito à informação no contexto da governança da internet

Muitos argumentos poderiam ser utilizados para interligar a internet e o direito à informação, mas de maneira técnica a rede virtual – e diria real - é um grande tráfego de informações, como cediço. Conseqüentemente, o tratamento a ser dado a essas informações e como elas serão acessadas interferem diretamente na garantia do direito à informação.

O mundo caminha para uma regulamentação da internet, ainda de desconhecido formato ou modelo a ser seguido. Contudo, qualquer modelo ou forma a ser seguido, o acesso à informação como direito fundamental deverá ser sempre levado em consideração para essa modelagem ou formulação.

Como direitos fundamentais universais, se o direito à informação é um dever de todo Estado em prestá-lo e garanti-lo e se a internet é uma conquista

social, qualquer modelo de governança ou ingerência do ciberespaço deve observar esses direitos em seus elementos e constituição. Logo, quaisquer espécies de controle e conceitos de neutralidade da rede devem ser bem analisados e sopesados nessa governança.

A presidenta Dilma Rousseff no recente discurso na ONU, ocorrido neste mês, destacou a importância da neutralidade da rede, de modo a legalizar e garantir o marco civil multilateral para a governança[169] e uso da internet, o marco regulatório mundial da internet, como forma de conquista e democratização da informação.

A importância de um marco civil pátrio cresce a cada dia.

De acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) pelo IBGE, divulgada em 27 de setembro deste ano, o número de brasileiros que acessa a internet subiu 6,8% em 2012, em relação a 2011, sendo 83 milhões de pessoas, com 10 anos ou mais, declararam ter acessado a rede mundial de computadores, o que corresponde a 49,2% da população na faixa idade. Segundo ainda esta pesquisa, o número de pessoas que tem telefone celular também aumentou. Passou de 115,4 milhões para 122,7 milhões, crescimento de 6,3%, considerando o grupo com 10 anos ou mais.

No Brasil, o Marco Civil da Internet (PL 2126/2011)[170], em tramitação na Câmara dos Deputados e que tem apoio da Comitê Gestor da Internet — CGI.Br, com a inclusão de seus 10 princípios relacionados à governança da internet (2009), está baseada nos principais pontos: **neutralidade da rede** (garantia de que todos os dados que circulam na internet devam ser acessados sem distinção de conteúdo, origem, destino ou serviço); **privacidade de usuários** (concessão ao usuário o direito de privacidade da intimidade e da vida); **dados pessoais do internauta** (o que pode permitir a exclusão de dados pessoais de usuários que

---

[169] Criado pela Portaria Interministerial nº 147, de 31 de maio de 1995 e alterada pelo Decreto nº 4.829, de 3 de setembro de 2003, para coordenar e integrar todas as iniciativas de serviços Interne no país, promovendo a qualidade técnica, a inovação e a disseminação dos serviços ofertados.

[170] Saliente-se, ainda, que o Marco Civil não trata sobre os direitos autorais na internet, uma vez já acobertados pela Lei de Direitos Autorais, recentemente alterada (Lei nº 12.853/2013).

termine uma relação com uma aplicação na internet), e, **retirada de conteúdos da internet** (regulamentação da ação dos servidores em relação à retirada de conteúdos, que não precisariam ser excluídos de imediato, exceto sobre ordem judicial).[171]

O Marco Civil da Internet já foi aprovado pelo CGI.Br (2012), o órgão responsável pela governança da internet no Brasil e adotou princípios-chave da Internet, livre e aberta, com regras de proteção ao usuário, "conforme corroboram as inúmeras opiniões de figuras notáveis no contexto da Internet, como os internacionalmente conhecidos partícipes do início da Internet e da Web, Vint Cerf, Tim Berners-Lee e Steve Crocker" (CGI.Br, ?).

Além de proteger a liberdade de expressão, a privacidade do indivíduo e a universalização da rede, a neutralidade da rede adota apenas critérios técnicos e éticos, tornando inadmissíveis restrições por motivos políticos, comerciais, religiosos ou de qualquer outra natureza.

O modelo de Governança da Internet pelo Marco Civil é democrático e multissetorial, aberto e transparente, sendo imprescindível a participação multilateral da sociedade, dos governos e do setor privado, com a estímulo a criação coletiva e colaborativa. Nesse particular, os princípios relacionados ao direito à informação foram preservados.

Por certo, não se sabe se o marco civil proposto alcançará os anseios almejados, no entanto, sua existência decorreu do exercício democrático do direito à informação, com a participação de diversos atores sociais.

CONCLUSÃO

Necessário reconhecer a importância inconteste da internet na vida moderna; todas as implicações, paradigmas e variações de um ciberespaço.

---

[171] Após a aprovação do Marco Civil da Internet, já se encontra em estudo o anteprojeto de Proteção dos Dados Pessoais que vem a complementar àquela futura legislação.

Noutro lado, o direito fundamental à informação é intrínseco ao estado democrático, elemento e construtor de uma cidadania.

A regulamentação da internet é um tema completamente novo para o direito atual, que exige estudo e desenvolvimento imediatos não apenas por já envolvê-lo de forma abrupta e espacial, mas por configurar matéria interdisciplinar, multisetorial e transnacional.

A governança da internet e o significado e garantia ao direito à informação são questões ainda abertas de difícil consenso e definição.

Os desafios do mundo virtual fazem questionar a liberdade da rede e "a utopia" de uma Declaração de Independência do Ciberespaço em oposição a espécies de "controles", por meio de uma Governança da Internet. No entanto, qualquer que seja a forma de regulamentação - ou mesmo na ausência – o direito à informação deve estar sempre pautado no centro das discussões por 02 argumentos. Um, por ser um dos elementos integrantes da internet, e, dois, por ser um direito necessário à existência da democracia, conquista de direitos e formação cidadã.

O fato é que na Era da Informação, a alteração de culturas e as atuais relações humanas permitem repensar "novos direitos", numa visão mais espacial, mais cibernética.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIAÇÃO PARA A PROMOÇÃO E DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO - APDSI. **Glossário da Sociedade da Informação**. Portugal: APDSI. 2005.

ARAS, Vladimir. **Crimes de informática. Uma nova criminalidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: http://jus.uol.com.br/revista/texto/2250/crimes-de-informatica. Acesso em: 19 de setembro de 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa (por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade)**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Comitê Gestor da Internet. 2009. **Resolução CGI.br/RES/2009/003/P**. 2009. Disponível em: < http://www.cgi.br/regulamentacao/resolucoes.htm>. Acesso em: 30 de setembro de 2013.

_______._________. Resolução CGI.br/RES/2012/003/P. 2012. Disponível em: < http://www.cgi.br/regulamentacao/resolucoes.htm>. Acesso em: 30 de outubro de 2013.

_______._________. O CGI.br e o Marco Civil da Internet: ***Defesa da privacidade de todos que utilizam a Internet; Neutralidade de rede;Inimputabilidade da rede*****.** Disponível em: < http://www.cgi.br/publicacoes/index.htm> Acesso em: 16 de novembro de 2013.

BURKE, Peter. **Uma história social do conhecimento: de Gutenberg a Diderot**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

CANELA, Guilherme e NASCIMENTO, Solano (coord). **Acesso à informação e controle social das políticas públicas**. Brasília, DF : ANDI; Artigo 19, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. A Sociedade em Redes**. Volume 1. Tradução de Roneide Venâncio Majer. 8 ed. São Paulo: Editora Paz e Terra S/A, 2005.

FLORES, Joaquín Herrera. **La Reinvención de los Derechos Humanos**. Andalucía: Atrapasueños, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LESSIG, Lawrence. ***Code and other laws of cyberspace***. Basic Books, 1999.

LUCERO, Everton. **Governança na Internet: aspectos da Formação de um Regime Global e Oportunidades para a Ação Diplomática**. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2011.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Cibeciudadanía@ o Ciudadaní@.com?.** Barcelona: Gedisa Editorial, 2004.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

RUSTAD, Michael L. ***Internet Law in a nutshell***. Thomson, 2009.

SÁVIO, Marcelo; CUKIERMAN, Henrique L.; MARQUES, Ivan da Costa. **A Governança da Internet: o controle do *namespace* no ciberespaço**. In: AFONSO, Carlos (org.). *Governança da Internet; contextos, impasses e caminhos*. Rio de Janeiro: RITS, 2005, p. 58-77.

SILVA, Frederico Barbosa da; JACCOUD, Luciana e BEGHIN, Nathalie. **Políticas Sociais no Brasil: participação social, conselhos e parcerias.** Disponível em: <www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/Cap_8-10.pdf>. Acesso em: 05 de outubro de 2013.

IDEOLOGIA, VIOLÊNCIA, CRIMINALIDADE E IRRESPONSABILIDADE SOCIAL

Tagore Fróes de Castro

Introdução

Vida e violência mostram-se indissociáveis. O próprio nascimento, com a agressão do ar nos pulmões, gerando dor, decorrência inexorável da sadia expulsão do útero, constitui ato de violência; assim também, a lei natural prevalecente no mundo animal é a lógica do mais forte. Denota-se, assim, que a violência é inerente à própria existência, permeando todas as idiossincrasias vivenciais. Portanto, a violência não se circunscreve ao fenômeno da criminalidade, mas revela-se, mormente no que se refere aos seres humanos, em todo ato de menoscabo da condição existencial de outrem[172]. No entanto, é a criminalidade o fator que mais se sobressai na observação da realidade cotidiana, eis que é ela o maior baluarte de afronta ao sistema jurídico posto, constituindo o objeto central da criminologia. O curioso atarante percebido a partir da observação de que vida e violência são conceitos e realidades incindíveis equivale, *mutatis mutandis*, à perplexidade oriunda da constatação de que a criminalidade constitui um apêndice lógico da vida social, como já observava Emile Durkheim (1985, p. 86): "el crimen es normal porque uma sociedade sin el es completamente imposible".

Noutras palavras, por jamais ter existido qualquer registro histórico de sociedade que tivesse sua imanência dissociada da criminalidade; parece ingênuo o atarante surgido a partir da constatação de que o crime – entendido em sua

[172] Considerar-se-á como conceito norteador de violência – o qual, embora amplo, serve como parâmetro adequado para a compreensão do fenômeno no que interessa ao raciocínio desenvolvido no texto – o seguinte: "Há violência quando, numa situação de interação, um ou vários atores agem de maneira direta ou indireta, maciça ou esparsa, causando danos a uma ou várias pessoas em graus variáveis, seja em sua integridade física, seja em sua integridade moral, em suas posses, ou em suas participações simbólicas e culturais." (BELLI, 2004, p. 4).

acepção lata, de afronta à ordem jurídica estabelecida no seio social – é fenômeno natural e compõe a silhueta do tecido da convivência comunitária. Talvez esse pasmar diante do óbvio seja na modernidade o maior desafio a ser enfrentado, e desconstruído, pelas ciências, a exemplo do que ocorre na relação entre hermenêutica e discurso[173]. Com efeito, da explicitação dessa obviedade – de que o crime e a criminalidade constituem características inerentes ao paradigma social moderno – decorrem ululantemente as ideias de que: o problema da violência depende de uma ação integrada multidisciplinar, mitigando-se a ideia de que o tema se encontra circunscrito à atuação estatal meramente punitiva; o saber científico deve ser levado em conta na elaboração de estratégias para lidar com a violência, não podendo ficar exclusivamente ao alvedrio dos governantes[174].

Destarte, neste artigo, pretende-se examinar a ideologia[175] que se entremeia no tratamento da violência e da criminalidade, gerador da abismal distanciação entre as práticas policiais, o inconsciente coletivo e o mundo empírico, analisando-se, outrossim, ainda que perfunctoriamente, os efeitos dessa mesma ideologia no sistema penitenciário: a tipologia da exclusão, o estereótipo

---

[173] STRECK, 2013, p. 41: "Vale dizer: aquilo que é dito (mostrado) na linguagem lógico-conceitual que aparece no discurso *apofântico* é apenas a superfície de algo que já foi compreendido num nível de profundidade que é *hermenêutico*. Daí que, para a hermenêutica, é comum a afirmação de que o *dito* sempre carrega consigo o *não dito*, sendo que a tarefa do hermeneuta é dar conta, não daquilo que já foi mostrado pelo discurso (*logos*) apofântico, mas sim daquilo que permanece retido – como possibilidade – no discurso (*logos*) hermenêutico. Portanto, para a hermenêutica, não faz sentido procurarmos determinar, de maneira abstrata, o sentido das palavras e dos conceitos, como fazem as posturas analíticas de cariz semântico, mas é preciso se colocar na condição concreta daquele que compreende – o ser humano – para que o compreendido possa ser devidamente explicitado. E esse é o ponto fulcral!".

[174] FARIAS, 2005, p. 178: "O planejamento urbano é fundamental na elaboração do planejamento estratégico das atividades de uma cidade, instrumentalizando a segurança como direito social, individual e coletivo. O combate à violência, assim como o planejamento da cidade, deve envolver políticas de setores distintos com educação, saúde, lazer, iluminação pública, trabalho e moradia, sendo os últimos diretamente vinculados às funções urbanísticas. Há que se ressaltar que a inexistência de planejamento urbano dificulta e torna ineficiente o combate à violência.".

[175] MARX e ENGELS, 2007, p. 89/110: "Nenhuma diferença especifica distingue o idealismo alemão da Ideologia de todos os outros povos. Esta última considera igualmente que o mundo é dominado por ideias, que estas e os conceitos são princípios determinantes, que o mistério do mundo material, apenas acessível aos filósofos, é constituído por determinadas ideias. [...] é-nos necessário analisar em pormenor a história dos homens, pois, com efeito, quase toda ideologia se reduz a uma falsa concepção dessa história ou puro e simples abstrair dela. A própria ideologia é somente um dos aspectos dessa história".

da marginalização e os elementos que conduzem à falência da pena privativa de liberdade.

2 Dados estatísticos basilares

Tendo em vista que a ideologia representa exatamente a substituição da realidade pela ideia de realidade[176], qualquer análise que pretenda demonstrar a irradiação ideológica para as práticas sociais, e seus respectivos efeitos, precisa operar fatos empiricamente auferíveis: caso contrário, correr-se-ia o risco de se proceder ao exame crítico de uma ideologia criando um novo discurso ideológico. Assim, salutar é que se exponha, ao menos em linhas gerais, dados estatísticos basilares, a partir dos quais será possível iniciar a análise da ideologia que se apresenta como baluarte das práticas sociais aqui examinadas.

Com efeito, considerando que o aumento da população mundial, entre 2000 e 2030, será de 2,2 bilhões de pessoas, sendo 2,1 bilhões só nas áreas urbanas[177], e que as dez maiores metrópoles do Brasil reúnem 33,6% dessa

---

[176] CHAUÍ, 1991, p. 90/91: “Através do Estado, a classe dominante monta um aparelho de coerção e de repressão social que lhe permite exercer o poder sobre toda a sociedade, fazendo-a submeter-se às regras políticas. O grande instrumento do Estado é o Direito, isto é, o estabelecimento das leis que regulam as relações sociais em proveito dos dominantes. Através do Direito, o Estado aparece como legal, ou seja, como ‘Estado de direito’. O papel do Direito ou das leis é o de fazer com que a dominação não seja tida como uma violência, mas como legal, e por ser legal e não violenta deve ser aceita. A lei é direito para o dominante e dever para o dominado. Ora, se o Estado e o Direito fossem percebidos nessa sua realidade real, isto é, como instrumentos para o exercício consentido da violência, evidentemente ambos não seriam respeitados e os dominados se revoltariam. A função da ideologia consiste em impedir essa revolta fazendo com que o legal apareça para os homens como legítimo, isto é, como justo e bom. Assim a ideologia substitui a realidade do Estado pela ideia do Estado – ou seja, a dominação de uma classe é substituída pela ideia de interesse geral encarnado pelo Estado. E substitui a realidade do Direito pela ideia do Direito – ou seja, a dominação de uma classe por meio das leis é substituída pela representação ou ideias dessas leis como legítimas, justas, boas e válidas para todos.”

[177] Daí a relevância do planejamento urbanístico das cidades brasileiras, que ainda tem se mostrado incipiente, sobretudo em virtude da morosidade política no atendimento aos ditames constitucionais (CF: Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem- estar de seus habitantes. § 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.) e da demora da colheita dos frutos advindos da administração urbanística, inerente às políticas desse viés. Pouco provável, portanto, é a possibilidade de drástica mudança paradigmática nesse âmbito

população, natural é também o recrudescimento dos índices de violência. Outrossim, é de se anotar, apenas a título ilustrativo inicial, que o tamanho da cidade se relaciona com a violência: quem vive em cidades com mais de 1 milhão de habitantes tem o dobro de probabilidade de ser vítima de violência em relação aos moradores de cidades com menos de 20 mil habitantes. A cada ponto percentual de aumento no crescimento de uma cidade, recrudesce a probabilidade de violência em um ponto percentual e meio para cada cidadão[178].

Por outro lado, atualmente, conforme dados do Banco Nacional de Mandados de Prisão (BNMP) mantido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)[179], existem 301.059 mandados de prisão aguardando cumprimento no Brasil, 187.024 cumpridos e 25.865 expirados. Em complemento, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP)[180], apurou um déficit equivalente a 211.741 no sistema carcerário brasileiro no ano de 2012. Há, portanto, 303.741 vagas nos presídios brasileiros, mas os estabelecimentos prisionais abrigam uma população de 515.482 presos, operando com (ultra)superlotação, 169,71% de ocupação acima da sua capacidade.

Nesse contexto, o problema da (ultra)superlotação dos estabelecimentos prisionais se apresenta, *primo icto oculi*, como um dos efeitos decorrentes da ideologia de exclusão. Note-se que, caso fossem cumpridos todos os mandados de prisão que hoje já foram expedidos, os estabelecimentos prisionais ficariam preenchidos em patamar aproximadamente 268,82% superior à sua capacidade. Nessa conjectura, impossível, por exemplo, dar cumprimento à alínea *a* do parágrafo único do art. 88 da Lei de Execuções Penais[181], que estabelece

---

enquanto a aferição dos louros políticos (disputados pelos grupos que sempre vislumbram o risco de a administração posterior apropriar-se das iniciativas iniciadas anteriormente) se sobrepuserem às necessidades sociais.

[178] Dados retirados do texto de Paulo José Leite Farias (2005, passim), que também destaca, nesse sentido, a afirmação de Enrico Ferri: “Se em uma rua escura se cometem mais atos violentos do que em uma rua clara, bastaria iluminá-la e isso se tornaria mais eficaz do que construir prisões.” (p. 168).

[179] Fonte: <http://www.cnj.jus.br/bnmp/>. Acesso em 03/11/2013.

[180] Dados extraídos do *Anuário brasileiro de segurança pública*.

[181] Lei de Execuções Penais: “Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade

parâmetro mínimo de salubridade para a existência humana[182], sem mencionar a inviabilização da necessária separação dos presos[183].

Em acréscimo, 93,8% dos presos são homens, dos quais mais de 52% permanecem encarcerados por mais de quatro anos, sendo que 54,8% têm entre 18 e 29 anos de idade e 60,8% são negros ou pardos[184]. Embora não existam dados específicos sobre a classe social dos presidiários, sintomática é a constatação de que quase 50% estão presos por terem praticado ou tentado cometer crimes contra o patrimônio[185]. Ademais, é de se notar que a população carcerária saltou de 471.254 presos, no ano de 2011, para 515.482 no ano de 2012 (aumento de aproximadamente 9,4%), enquanto os gastos com segurança pública permaneceram estáveis, com variação de apenas 0,6% superior no ano de

---

celular: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de 6,00m2 (seis metros quadrados).".

[182] De acordo com o relatório divulgado no mês de março de 2013 pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), intitulado "A Visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional Brasileiro", dos 1.598 estabelecimentos prisionais inspecionados, em 780 não havia camas e 365 não tinham colchões para todos os detentos. Em 1.099 estabelecimentos, os presos não dispunham de água quente para banho e, em 636, não eram fornecidos produtos de higiene pessoal. Além disso, 1.060 estabelecimentos não forneciam toalha de banho e em 671 não havia distribuição de preservativos. Segundo o aludido relatório do CNMP, entre março de 2012 e fevereiro de 2013, foram registradas 121 rebeliões no sistema prisional. No mesmo interregno, houve 769 mortes. Ademais, registraram-se 23.310 fugas.

[183] Ainda conforme o citado relatório do CNMP, em 79% dos estabelecimentos, não há separação entre presos provisórios ou definitivos; em 67%, não há separação em função dos regimes; em 78%, não há separação entre primários e reincidentes; em 68%, não há separação por periculosidade ou por delito; e em 65%, aglutinam-se presos de diferentes facções criminosas.

[184] Conforme o *Anuário de Segurança Pública*: 18,7% permanecem até quatro anos; 29,2% de quatro a oito anos; 23,1% de oito a quinze anos; 11,1% de quinze a vinte anos; 8,3% de vinte a trinta anos; e 9,7% ficam encarcerados por mais de trinta anos. Também de acordo com o *Anuário de Segurança Pública*: 29,5% dos presos têm entre 18 e 24 anos de idade; 25,3% entre 25 e 29 anos de idade; 19,2% entre 30 e 34 anos de idade; 17,4% entre 35 e 45 anos de idade; e 7,5% têm mais de 45 anos de idade (1,2% não têm informação sobre a própria idade ou não a informaram). Ainda segundo o *Anuário de Segurança Pública*: 35,7% dos presos são brancos; 17% negros; 43,8 pardos; 0,5% amarelos; 0,2% indígenas; e 2,9% têm outra etnia ou cor de pele.

[185] Como demonstrado no *Anuário de Segurança Pública*, a tipologia da prática ou tentativa dos crimes dos presidiários se estabelece nos seguintes moldes: 11,9% de crimes contra a pessoa; 49,1% de crimes contra o patrimônio; 3,9% de crimes contra os costumes; 1,8% de crimes contra a paz pública; 0,9% de crimes contra; 0,3% de crimes contra a administração pública; 0,2% de crimes praticados por particular contra a administração pública; 0,2% de crimes previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente; 0,7% de crimes previstos na Lei de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher; 5,6% de crimes previstos no Estatuto do Desarmamento; e 25,3% de crimes previstos na lei de entorpecentes (os crimes de genocídio, tortura e contra o meio-ambiente não tiveram incidências percentualmente consideráveis).

2012 em relação a 2011. Por fim, necessário observar que 70,1% da população brasileira não confia na polícia – o que a coloca no terceiro lugar do índice de instituições desacreditadas, abaixo somente dos partidos políticos (95,1%) e do Congresso Nacional (81,5%).

3 ALTERAÇÃO DO PARADIGMA CONSTITUCIONAL X MANUTENÇÃO DO MODELO IDEOLÓGICO

No Brasil, o fim da ditadura militar e a promulgação da Constituição Federal de 1988 fomentou a esperança de que as violações de direitos humanos não fossem prosperar, ou, ao menos, diminuiriam significativamente, sob a égide do novo regime democrático. No entanto, os crescentes episódios de violência urbana e policial, o recrudescimento dos índices de encarceramento e o aumento da litigiosidade forma(ra)m prova contundente de que as violações aos direitos humanos foram perpetuadas mesmo após o estabelecimento da democracia[186].

Afora o fato de que as leis não são aptas a alterar as práticas usuais e arraigadas no seio social sem que, para isso, haja uma mutação no panorama dos fatores reais de poder (LASSALE, 2008, p. 23), estabelecedores dos procedimentos empíricos, o problema da modificação do paradigma constitucional:

[186] BELLI, 2004, p. 11 e 17/18: "Os anos 90 foram particularmente pródigos em massacres de grande repercussão praticados pelas forças policiais brasileiras. Os massacres do Carandiru, da Candelária, de Vigário Geral, de Corumbiara e de Eldorado de Carajás, para ficar apenas nos mais emblemáticos, tiveram em comum não apenas o constrangimento causado pela atenção internacional, mas também a participação de agentes do Estado, supostamente encarregados de garantir os direitos e fazer cumprir os estatutos legais e a Constituição Federal. [...] A incidência de casos de tortura é tão grave no Brasil que chamou a atenção de órgãos independentes de monitoramento dos direitos humanos das Nações Unidas. Em 2000, o relator especial da Comissão de Direitos Humanos da ONU para a questão da tortura, Sr. Nigel Rodley, visitou o Brasil. [...] Não vale a pena reproduzir aqui os casos em pormenores, uma vez que são muitos, mas é importante reter o panorama geral, caracterizado pela prática disseminada da tortura por todo o país. Nesse sentido, vale citar um trecho das conclusões do relator especial: 'Tortura e maus-tratos do gênero são empregados de forma sistemática e disseminada na maioria das partes do país visitadas pelo Relator Especial e, conforme sugerem relatos testemunhais apresentados ao Relator por fontes confiáveis, na maioria das outras partes a situação é a mesma. [...] O Relator Especial sente-se impelido a notar o assalto intolerável aos sentidos que ele constatou em muitos lugares de detenção, especialmente em celas que visitou [...]. Ele não pode senão simpatizar com a afirmação muito comum que ouviu dos que lotam as celas, no sentido de que 'eles nos tratam como animais e esperam que nos portemos como seres humanos quando somos soltos'.".

é que ela não implica, ou ao menos não necessariamente [187], mudança institucional e/ou do inconsciente coletivo. O fenômeno da inclusão de direitos, ditos fundamentais, nos textos constitucionais elaborados no período posterior à Segunda Guerra Mundial, que tantas discussões fomentou no direito constitucional[188], teve impacto mais ideológico-discursivo que prático-efetivo na luta de classes. Em especial, a dignidade da pessoa humana, constante não só do texto constitucional brasileiro[189], mas, igualmente, da Declaração Universal dos

---

[187] Ressalvada, obviamente, a hipótese aventada por Konrad Hesse (1991, p. 32), conjectura na qual a mudança do paradigma constitucional é acompanhada pela "vontade de Constituição": "A resposta à indagação sobre se o futuro do nosso Estado é uma questão de poder ou um problema jurídico depende da preservação e do fortalecimento da força normativa da Constituição, bem como de seu pressuposto fundamental, a vontade de Constituição.".

[188] Nesse sentido (CARBONELL; JARAMILLO, 2010, p 154/155): "El neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la segunda guerra mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX. Se trata de constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Además, estas constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco muy renovado de relaciones entre el Estado e los ciudadanos, sobre todo por la profundidad y el grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos. […] En parte, como consecuencia de la expedición y entrada en vigor de ese modelo sustantivo de textos constitucionales, la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha ido cambiando también de forma relevante. Los jueces constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través de la *Drittwirkung*), el principio *pro persona*, etcétera. Además, los jueces se las tienes que ver con la dificultad de trabajar con valores que están constitucionalizados e que requieren de una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable, dotándolos de esa manera de contenidos normativos concretos. Y todo ello sin que, tomando como base tales valores constitucionalizados, el juez constitucional pueda disfrazar como decisión del poder constituyente lo que en realidad es una decisión más o menos libre del propio juzgador. A partir de tales necesidades se genera y recrea una serie de equilibrios nada fáciles de mantener. En el paradigma neoconstitucional los jueces cobran gran relevancia, pues el ordenamiento jurídico debe estar garantizado en todas sus partes por medio de mecanismos jurisdiccionales. Del mismo modo que la Constitución del neoconstitucionalismo es una Constitución invasora o entrometida (según la correcta observación de Riccardo Guastini), también la tarea judicial tiene que ver con muchos aspectos de la vida social. El neoconstitucionalismo genera una explosión de la actividad judicial y comporta o requiere de algún grado de activismo judicial, en buena medida superior al que se había observado anteriormente.".

[189] Constituição Federal: "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana".

Direitos Humanos[190], cujo significado impreciso permite inúmeras interpretações, tem servido como baluarte para discursos proselitistas[191]. No imaginário popular –

---

[190] Declaração Universal do Direitos Humanos: "Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...] Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla [...] Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade. [...] Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.".

[191] O proselitismo deve ser compreendido, para os fins do presente texto, como: o intento, zelo, diligência, empenho de converter uma ou várias pessoas a uma determinada causa, ideia ou religião, por meio de ferramentas discursivas ou de artifícios linguístico-propagandistas, que modificam a expressão do pensamento (por exemplo, por meio de vinculação de ideias e conceitos não necessariamente simbióticos) a fim de torna-la mais viva, enérgica e/ou compreensível, resultando, normalmente, em assertivas propositivas. O proselitismo não deve ser compreendido de maneira maniqueísta, mas como ferramenta destinada à consecução de determinado desiderato, como bem mencionado por Duncan Kennedy (1998, p. 308/309): "Direitos são um elemento-chave para a universalização de intelligentsias ideológicas de todos os matizes . Um projeto de universalização toma uma interpretação determinada dos interesses de um grupo específico, ao invés dos interesses de toda a classe política, e argumenta que esta interpretação corresponde aos interesses ou aos ideais do todo. Argumentos de direito fazem isto: eles reafirmam os interesses de um grupo específico como características de todas as pessoas. Por exemplo, o interesse de uma pessoa gay na legalização da relação homossexual [proibida em alguns Estados estadunidenses] é reafirmado como o direito à autonomia sexual, diz-se-ia. O direito, neste caso, faz a mediação entre os interesses do grupo [homossexual] e os interesses do todo [sociedade]. [...] Uma vez reafirmados como gerais os interesses de um grupo específico, a partir de sua transmudação para a linguagem dos direitos, o personagem factóide dos direitos permite ao grupo a elaboração de reivindicações fundamentadas na razão, em vez de fundadas em mera preferência. [...] Esta ideia geral é acessível a todos. Noutras palavras, as duas intelligentsias, liberais e conservadores, argumentam que os interesses dos seus respectivos grupos devem ser reconhecidos em lei, afirmando que este reconhecimento consistiria a legítima instanciação de um conjunto de direitos não contemplados positivamente no ordenamento jurídico.". Nota-se, a partir do texto de Duncan Kennedy, que o proselitismo não é necessariamente uma deturpação da realidade – embora possa sê-lo –, mas, em sua quintessência, constitui uma ferramenta linguístico-discursiva que intenta generalizar interesses específicos a fim de angariar apoio (moral, intelectual, legislativo ou ideológico). A tradução do texto é livre, no original: "Rights are a key element in the universalization of ideological intelligentsias of all stripes. A universalization project takes an interpretation of the interests of some group, less than the whole polity, and argues that it corresponds to the interests or to the ideals of the whole. Rights arguments do this: they restate the interests of the group as characteristics of all people. A gay person's interest in the legalization of homossexual intercourse is restated as the right to sexual autonomy, say. The right here mediates between the interests of the group and the interests of the whole. […] Once the interests of the group have been assimilated to the interests of the whole polity by recasting them as rights, the factoid character of rights allows the group to make its claims as claims of reason, rather than mere preference. […] This general idea is available to all. In other words, both liberal and conservative intelligentsias argue that the group interests they represent

que aqui se denomina inconsciente coletivo[192] – a dignidade da pessoa humana, que com frequência compõe os discursos político-partidários e político-eleitoreiros, constitui a referência de maior pureza do sistema jurídico: fundamenta a justiça, a igualdade, a intimidade, dentre inúmeros outros conceitos cujas definições carecem de especificidade e de concretude apta a balizar o comportamento concreto[193].

Com efeito, a retórica proselitista emprega esses conceitos indeterminados, a exemplo da dignidade da pessoa humana, como instrumento demagógico[194] para concretizar ideais específicos da(s) classe(s) social(is) dominante(s) em dado

---

should be recognized in law by asserting that the recognition would be na instantiation of some set of outside rights.”.

[192] Esta expressão é utilizada como referência ao psiquiatra suíço Cárl Gustav Jung, mas empregada em sentido diverso do originalmente cunhado – de camada mais profunda da psique. Na verdade, para os fins do presente ensaio, o inconsciente coletivo deve ser compreendido como as ideias fundamentantes do comportamento humano que legitimam as práticas sociais, mas que, em regra, permanecem ocultas, irrefletidas e acríticas no imaginário popular.

[193] Não se está a dizer com isso que a especificidade conceitual seja o único objetivo a ser buscado pela hermenêutica jurídica, mas que a ausência de parâmetros conceituais mitiga o desenvolvimento científico. Nesse sentido, necessário destacar que a simples especificação do vocabulário jurídico, buscada como desiderato único, conduz à ocultação doutros fenômenos relevantes e a nefastas consequências práticas – eis que tal busca desenfreada se encontra dissociada da empiria –, como bem destacado por Lenio Luiz Streck (2013, p. 65 e 117/118): “Para o positivismo jurídico, pouco importava colocar em discussão – no campo da teoria do direito – questões relativas à *legitimidade* da decisão tomada nos diversos níveis do poder estatal (legislativo, executivo ou judicial). No fundo, *operou-se uma cisão entre validade e legitimidade*, sendo que as questões de validade seriam resolvidas por intermédio de uma análise lógico-semântica dos enunciados jurídicos, ao passo que os problemas de legitimidade – que incluem uma problemática moral - deveriam ficar sob os cuidados de uma teoria política que poucos resultados poderia produzir, visto que esbarravam no problema do pluralismo de ideias presente num contexto democrático, o que levava inexoravelmente a um relativismo filosófico (essa problemática se agravou em países com grandes períodos de ausência de democracia, como o Brasil). [...] o direito não um dicionário recheado de conceitos. Na verdade, pensá-lo como um ‘lexicografia’ é vê-lo tropeçar no primeiro vendedor de picolés ou naufragar em face do conflito entre regras e princípios (vejamos: se um contrato exige objeto lícito, partes maiores e capazes, livre vontade, o que dizer da venda de um picolé para uma criança de oito anos?; e o que dizer do direito penal, nas coisas mais comezinhas ainda não resolvidas pelos juristas, como o furto de bagatela?). As tentativas de ‘aprisionar’ o direito no interior de conceitos fracassaram de forma retumbante. Definitivamente, a razão teórica não tem ‘vida autônoma’, separada/cindida do modo como lidamos com o mundo, nossas escolhas, etc. (razão prática). Autoritarismos, duas grandes guerras e ditaduras: *esses foram os resultados da ‘pureza do direito’*. Conceitos sem mundo prático: definitivamente, o positivismo fracassou, embora continue dominando o imaginário dos juristas.”.

[194] O termo demagogia não é compreendido aqui no seu sentido aristotélico – de preponderância do povo na forma de governo –, mas na sua acepção léxico-popularesca, de discurso ou ação que visa manipular paixões e sentimentos (comumente do eleitorado) para determinada linha de pensamento ou para o suporte de ideias daqueles que estão no poder ou que pretendem tomá-lo.

interregno histórico. Esses discursos, constituintes da formação da ideologia de manutenção, conservação e perpetuação do poder, são incorporados pelo inconsciente coletivo, gerando o "novo" e "reinterpretado" sentido de "opinião geral"[195], que, em verdade, é a mera expressão conformativa de uma plêiade de subjugados ao alvedrio alheio. Fato é que, por ser geral, irrefletido e acrítico, esse sentido específico do inconsciente coletivo justifica a legitimação de posturas institucionalizadas[196] e concretas, tendentes ao atendimento dessas expectativas

---

[195] SCHOPENHAUER, 1997, p. 169/171: "O que se chama de opinião geral reduz-se, para sermos precisos, à opinião de duas ou três pessoas; e ficaríamos convencidos disto se pudéssemos ver a maneira como nasce tal opinião universalmente válida. Então descobriríamos que, num primeiro momento, foram dois ou três que pela primeira vez as assumiram e apresentaram ou afirmaram e que outros foram tão benevolentes com eles que acreditaram que as haviam examinado a fundo; prejulgando a competência destes, outros aceitaram igualmente essa opinião e nestes acreditaram, por sua vez, muitos outros a quem a preguiça mental impelia a crer de um golpe antes que tivessem o trabalho de examinar as coisas com rigor. Assim crescem dia após dia o número de tais seguidores preguiçosos e crédulos. De fato, uma vez que a opinião tinha um bom número de vozes que a aceitavam, os que vieram depois supuseram que só podia ter tantos seguidores pelo peso concludente de seus argumentos. Os demais, para não passar por espíritos inquietos que se rebelam contra opiniões universalmente admitidas e por sabichões que quisessem ser mais espertos que o mundo inteiro, foram obrigados a admitir o que todo mundo já aceitava. Neste ponto, a concordância torna-se uma obrigação. E, de agora em diante, os poucos que forem capazes de julgar por si mesmos se calarão, e só poderão falar aqueles que, totalmente incapazes de ter uma opinião e juízo próprios, sejam o eco das opiniões alheias. E estes, ademais, são os mais apaixonados e intransigentes defensores dessas opiniões. Pois estes, na verdade, odeiam aquele que pensa de modo diferente, não tanto por terem opinião diversa daquela que ele afirma, quanto pela sua audácia de querer julgar por si mesmo, coisa que eles nunca poderão fazer, sendo por dentro conscientes disto. Em suma, são muito poucos os que podem pensar, mas todos querem ter opiniões. E que outra coisa lhes resta senão toma-las de outros em lugar de formá-las por conta própria? E, dado que é isto que sucede, que pode valer a voz de centenas de milhões de pessoas? Tanto, por exemplo, quanto um fato histórico que se encontre em cem mil historiadores, quando se constata que todos se copiaram uns aos outros, com o que, enfim, tudo se reduz a um só testemunho.".

[196] LUHMANN, 1983, p. 80/83: "a função das instituições reside menos na criação e mais na economia do consenso, que é atingida, principalmente, na medida em que o consenso é antecipado na expectativa sobre expectativas, ou seja, como pressuposto, não mais precisando, em geral, ser concretamente expresso. É essa institucionalização que permite uma comunicação rápida, precisa e seletiva entre pessoas. Pode-se trocar fluentemente de situações e parceiros, sem perder a base de entendimento e ter de reconstituí-la repetidamente. Quando a institucionalização envolve desconhecidos, até mesmo neles pode ser presumido um consenso, e suposto que mesmo sem um entendimento prévio explícito exista uma concordância genérica quanto a um conjunto mínimo de expectativas. [...] O mecanismo da institucionalização inicia-se onde o problema tem sua origem: na capacidade limitada de atenção. Toda interação social exige a escolha de sentidos como tema de atenção comum. Todo sentido, porém, tem mais explicações que as que podem ser explicitadas através da comunicação. Para poder atuar no sentido proposto, portanto, é necessário supor uma definição aceita da situação, desenvolvê-la em uma direção determinada e encaminhar os outros participantes aos seus respectivos papéis. Já que nem todos podem falar simultaneamente, a condução cabe a um ou a alguns participantes que se alçam ao centro da atenção comum, aí encontrando ressonância para sua comunicação. Inicialmente, todos

geradas pela opinião geral, que são adotadas pelos órgãos estatais – os quais constituem expressões dos fatores reais de poder. Destarte, para problematizar o fenômeno da violência, necessário fazer uma divisão epistemológica entre o inconsciente coletivo e as razões formadoras de sua expectativa normativa (a opinião geral), como bem observa Benoni Belli (2004, p. 27/28):

> Para empreender uma análise da problemática envolvida na violência policial, vale a pena deter-se por alguns instantes na delimitação da ruptura epistemológica necessária à definição do objeto como um problema sociológico. [...] A ruptura que se faz necessária deve, primeiramente, afastar-se do senso comum mais vulgar, aquele que encara a violência policial como uma resposta à altura diante da criminalidade urbana. No imaginário presente tanto no seio das organizações policiais quanto de parcela significativa da população, a figura do bandido é demonizada e o aparelho repressivo deve agir como uma espécie de exorcista, 'mandando para o inferno' – segundo uma expressão corrente – aqueles que 'optaram' pela carreira do crime. A ruptura, neste caso, consiste

---

têm o direito de protestar; mas ninguém que queira participar de interações pode protestar sem cessar e explicitamente contra tudo que está implícito. Se ele não conseguir assumir a própria condução seletiva do tema, só lhe resta o protesto genérico através da ruptura da relação, ou a aceitação do consenso suposto em sua base, assim como a história de sua seleção que ainda pode ser influenciada apenas nos detalhes. A continuidade da participação intencionalmente ou não, representa o consenso genérico, e as representações comprometem, já que os demais participantes constroem expectativas correspondentes. *Qui tacet consentire videtur*. Dessa forma, o engajamento surge através da presença. Formam-se auto-evidências supostas em comum, inicialmente não articuladas, e que reduzem fortemente a multiplicidade das opiniões em si possíveis e manifestáveis. Nisso se baseia, em princípio, o mecanismo procurado de seleção que limita a multiplicidade das projeções normativas. Essa redução institucional não pode ser apressadamente compreendida como compulsão social ou mesmo como determinação social do comportamento. Ela simplesmente ocorre. [...] o conceito de instituição possui sua característica específica não na compulsão social, não na ampliação do consenso faticamente concretizado, e também não na normatividade das expectativas, apesar de não excluir nenhuma dessas características. Sua função reside em uma distribuição tangível de encargos e riscos comportamentais, que tornam provável a manutenção de uma redução social vivenciada e que dão chances previsivelmente melhores a certas projeções normativas. Aquele cujas expectativas sejam contrárias à instituição, terá contra si o peso de uma auto-evidência presumida. Inicialmente ele tem que contraditar bases comportamentais aceitas, já abertamente assumidas pelos demais. Com isso ele atinge autoprojeções, tornando-se incômodo ou até mesmo perigoso. Ele precisa arriscar uma inciativa sem estar protegido por expectativas pré-estabilizadas. [...] A isso acrescenta-se a carga de verbalização e da explicação. A instituição pôde constituir-se e desdobrar-se quase que desapercebidamente. Para derrubá-la necessita-se da palavra. O atacante tem que encontrar as palavras certas, os argumentos que desestabilizam a instituição. Ele precisa levantar os motivos contra ela, e geralmente ainda fornecer também uma proposta alternativa. [...] De qualquer forma, aquele que propõe desvios ou modificações chama a atenção a si mesmo. Ele se expõe. Enquanto que as expectativas institucionalizadas podem ser seguidas imperceptivelmente, quase que distraidamente, o rebelde se expõe singularmente, de forma eminentemente pessoal. Sua ação sobressai e lhe é pessoalmente imputada, já que lhe falta a instituição enquanto explicação.".

> em descobrir o que está por trás da pretensa intenção de limpeza da sociedade que parece orientar e justificar a violência policial. Trata-se de desvendar a construção de determinados mitos que contribuem para a naturalização da violência contra as chamadas classes subalternas[197].

Dessa opinião geral formada sobre a violência, surge seu nefasto efeito concreto: as tipologias do criminoso, este normalmente identificado como um

[197] BELLI, 2004, p. 30/32: “A justificação da violência ilegal por parte de policiais parece derivar de uma percepção generalizada sobre o crescimento da criminalidade urbana e a necessidade de remédios radicais como modo de evitar que o mal se espraie por todo o tecido social. [...] O mal, no caso, é a criminalidade, que é vista como algo contagioso e cujo combate é extremamente difícil caso tenha se apossado do corpo de um delinquente. A solução não poderia ser mais radical: apoia-se a pena de morte como necessária e, no caso da classe média, constroem-se barreiras simbólicas (preconceitos) e materiais (muros, cercas, condomínios fechados) para isolar e proteger um espaço de convivência social dos perigos exteriores. Essa percepção da criminalidade parece ter passado a ser justificativa para os atos de tortura e execuções sumárias, com função análoga à ideologia de segurança nacional durante o combate aos chamados subversivos sob o regime militar. [...] O primeiro aspecto importante a observar neste eixo micro das explicações sobre a violência envolve a crença na irredutibilidade das diferenças: o criminoso seria um ser diferente, cuja corrosão do caráter e corrupção moral não comportariam outra resposta para a defesa da sociedade senão a linguagem da violência e da brutalidade. No senso comum, o medo diante do crime vem acompanhado frequentemente da construção social do perfil dos prováveis delinquentes, invariavelmente definidos como pobres, favelados e, quase sempre, negros. Pesquisa de Sérgio Adorno, por exemplo, demonstrou que negros tendem a ser mais perseguidos pela vigilância policial, têm maiores obstáculos de acesso à justiça criminal e maiores dificuldades de usufruir do direito à ampla defesa, resultando em maior probabilidade de serem punidos comparativamente aos réus brancos. A condenação moral é evidente quando se denuncia o crime como uma doença. O criminoso, por seu turno, é na maioria das vezes equiparado, no senso comum, à expressão acabada de uma patologia social. Nesse diapasão, não haveria outro remédio para salvar a sociedade da destruição e da decadência moral senão a destruição pura e simples dessas ameaças, ou seja, a cura para a enfermidade do crime é a erradicação do mal pela raiz: a eliminação do criminoso. A desumanização das categorias sociais identificadas como potenciais criminosos é parte do processo de exclusão da comunidade moral. [...] A justificação da violência policial como única alternativa para combater o mal se conjuga com os estereótipos que identificam os setores supostamente mais propensos ao crime. Esse segundo aspecto é igualmente essencial nos discursos sobre a violência: não basta observar que o mal deve ser erradicado, uma vez que o criminoso dificilmente poderia ser reeducado, é preciso contar também com determinados parâmetros que orientem a ação voltada para erradicação do mal. Em outras palavras, deve-se identificar e classificar a população pelo grau de periculosidade, pelo risco potencial que podem oferecer à segurança da sociedade. Note-se que nem sempre se trata de um raciocínio estratégico tão claro, uma vez que o alvo preferencial da vigilância se impõe quase automaticamente, como efeito da naturalização das desigualdades. De qualquer forma, a sedimentação de estereótipos do criminoso e sua aplicação no cotidiano do policiamento podem ser mais ou menos conscientes, mas não deixam de servir para dirigir os esforços de combate à violência criminal. [...] o policial continua sendo treinado para vigiar, controlar e reprimir as classes previamente definidas como perigosas, em especial os pobres que habitam as favelas das grandes cidades brasileiras. [...] O senso comum, portanto, justifica a violência policial como meio mais eficaz de evitar a desagregação social, cuja causa seria o crescimento da criminalidade.”.

indivíduo negro, pobre, jovem e favelado[198]. Essa tipologia, segundo a qual se selecionam os indivíduos mais propícios à ação policial e à reprimenda estatal – eis que, normalmente, são os que transitam por bairros mais modestos, à noite e "em atitude suspeita" (como se a simples conjugação dessas circunstâncias já constituísse motivo suficiente de suspeita) –, se reflete na população carcerária: constituída majoritariamente de homens, jovens, negros ou pardos e de baixa renda. Curioso observar que dificilmente se pondera que essa faixa majoritária dos indivíduos que compõe a população carcerária talvez seja o grupo sobre o qual o aparelho repressivo estatal destine a maior parte dos seus esforços e contra o qual seus respectivos instrumentos de coerção tenham maior efetividade. Como que numa profecia autorealizante, seleciona-se um grupo "mais propenso" à atividade criminosa e justifica-se essa seleção pelos resultados empiricamente obtidos, isto é, a constatação de que o maior número de presos pertence àquela tipologia.

Assim, as vítimas dos efeitos concretos da ideologia alienante do inconsciente coletivo tornam-se os algozes da sociedade: o indivíduo, negro ou pardo, oriundo de uma família pobre, cujos pais não foram orientados ao planejamento familiar e que, por causa disso, o submeteram à precária educação pública[199] – normalmente interrompida no limiar da adolescência[200] – com restritas

---

[198] BELLI, 2004, p. 34/35: "Os sentimentos contraditórios que os moradores das favelas demonstram em relação à polícia não deixam de ser reveladores do poder de convencimento dos mitos construídos em torno da ideia de crime e de caracterização do criminoso. Geralmente os moradores condenam a polícia por não diferenciar entre bandidos e trabalhadores, tratando todos os habitantes da localidade como potencialmente perigosos. No entanto, quando a polícia faz 'justiça', eliminando os verdadeiros bandidos, recebe com frequência o aplauso da população local. [...] O senso comum é maniqueísta, vê a luta contra o crime como uma espécie de luta do bem contra o mal. Trata-se de uma cruzada moral para assegurar a harmonia do todo, excluindo do convívio as partes podres da sociedade. Os policiais seriam 'lixeiros da sociedade' com a função de eliminar os elementos maus e preservar os bons. Essa visão da luta contra o crime se superpõe aos estereótipos do criminoso na ação cotidiana da polícia. [...] Quando, num tribunal do júri, o advogado de defesa está diante de um réu originário da favela e branco, não hesita em usar, de maneira implícita, o argumento de que, por não apresentar em seu corpo uma das marcas que o incluiria numa tipologia de delinquente, ele é então inocente.".

[199] LLOSA, 2013, p. 74/75: "Naqueles dias, estava terminando de ler um dos amenos e sofísticos ensaios de Michael Foucault em que, com seu brilhantismo habitual, o filósofo francês afirmava que, assim como a sexualidade, a psiquiatria, a religião, a justiça e a linguagem, o ensino sempre fora, no mundo ocidental, uma das 'estruturas de poder' erigidas para reprimir e domesticar o corpo

oportunidades de emprego é o incorporador do “mal social”. Esse indivíduo é, até prova em contrário, suspeito, senão culpado. Não por ter praticado qualquer ato específico de vilipêndio à ordem jurídica, mas por se enquadrar perfeitamente no estereótipo do criminoso. É contra ele que o Estado, segundo a deturpada expectativa do senso comum, deve apontar suas armas, independentemente de qualquer conduta preexistente. Repristina-se, desse modo, um arremedo da tipologia lombrosiana, antecipando-se características determinadas às condutas específicas, relegando-se os fatos e superestimando a ideologia. Daí a formação do preconceito alienado decorrente da ideologia de que existem espécies diferentes de indivíduos, os criminosos e os cidadãos de bem, como se houvesse uma predestinação à delinquência que não poderia ser obstada por quaisquer meios[201].

A clientela preferencial do sistema penal constitui, em verdade, prova cabal da expressão do direito como ideologia, que oculta a luta de classes; nesse sentido, sintomática a constatação de que o Código Penal de 1890 foi elaborado

---

social, instalando sutis mas eficazes formas de sujeição e alienação, a fim de garantir a perpetuação dos privilégios e o controle do poder dos grupos sociais dominantes.”.

[200] Fonte: Fundação Getúlio Vargas – FGV (disponível em : <http://www.cps.fgv.br/ibrecps/rede/tpe/>).

[201] BELLI, 2004, p. 45 e 49/50: “A facilidade com que se defende as soluções finais, como a execução sumária de delinquentes, parece revelar o descrédito em relação a alguns pilares do Estado moderno liberal democrático, uma vez que os chamados ‘direitos fundamentais da pessoa humana’ aparecem como um estorvo para a manutenção de um certo ideal de sociedade harmônica. [...] Para romper com o senso comum, portanto, deve-se procurar identificar, no tratamento que diferencia entre categorias hierárquicas de cidadãos, a manifestação de crenças e mitos cujo raio de ação vai muito além da instituição policial e dos aparelhos de Estado. As práticas policiais, na verdade, parecem reproduzir e refletir um conjunto de crenças e percepções correntes na sociedade que diferenciam entre categorias de cidadãos, reservando tratamento privilegiado para os estratos superiores e os rigores da ordem para os inferiores. Essas crenças são produzidas socialmente por meio de mecanismos complexos que foram sedimentados historicamente e que possuem raízes profundas no tecido social brasileiro. O mito do pobre criminoso associa-se à crença no criminoso monstro, animal, figura demoníaca (meio homem meio besta). [...] De acordo com Foucault, essa noção tem como quadro de referência a lei no sentido amplo, ‘já que se trata não somente das leis da sociedade, mas também das leis da natureza; o campo de aparecimento do monstro é um domínio jurídico-biológico’. A favela, local de moradia dos pobres, seria o espaço por excelência do mal, da marginalidade, da falta de civilização, da brutalidade, enfim, do caldo da violência e do crime. Assim o ciclo se fecha, a polícia continua invadindo barracos na periferia e nos morros, desconsiderando os mais elementares direitos do cidadão, sem que ninguém se espante, pois a violência policial praticada nessas assim denominadas bordas da sociedade não destoa de uma violência que seria vista como inerente a tais espaços encontradiços no limiar entre civilização e natureza.”.

um ano após a abolição da escravatura[202], enquanto o Código Civil vigeu por mais de noventa anos (1916-2002). Contida na ideia de que “la ley es como la serpiente: solo pica los descalzos” está o fato de que o sistema repressivo escolhe antecipadamente sua clientela e respalda, em dados estatísticos, sua atuação. Assim, encobrindo-se o fato de que o sistema foi premeditadamente projetado para “funcionar” sobre um grupo determinado de antemão, cria-se a ideologia de que os mais atingidos pela ação repressiva assim o são por serem mais propensos à criminalidade: e os terceiros legitimantes dessa institucionalização comportamental incorporam acriticamente a ideia de que existem pessoas anômalas – jamais refletindo sobre as razões pelas quais o sistema repressivo se mostra mais eficiente contra um grupo específico. Essa legitimação, gerada a partir da opinião geral, se reflete em expectativas normativas[203], isto é, a ideologia

[202] Para os fins deste ensaio, toma-se como marco da abolição da escravatura no Brasil a edição da Lei Imperial 3.353/1888 (Lei Áurea). O fato de o Código Penal de 1890 criminalizar a capoeira, denota a clara escolha da clientela do sistema repressivo da época: “Art. 402. Fazer nas ruas e praças publicas exercicios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação capoeiragem”.

[203] Emprega-se a expressão “expectativa normativa” no contexto luhmanniano (LUHMANN, 1985, p. 56/57): “Ao nível cognitivo são experimentadas e tratadas as expectativas que, no caso de desapontamentos, são adaptadas à realidade. Nas expectativas normativas ocorre o contrário: elas não são abandonadas se alguém as transgride. No caso de esperar-se uma nova secretária, por exemplo, a situação contém componentes de expectativas cognitivas e também normativas. Que ela seja jovem, bonita, loura, só se pode esperar, quando muito, ao nível cognitivo; nesse sentido é necessária a adaptação no caso de desapontamentos, não fazendo questão de cabelo louro, exigindo que os cabelos sejam tingidos, etc. Por outro lado espera-se normativamente que ela apresente determinadas capacidades de trabalho. Ocorrendo desapontamento nesse ponto, não se tem a sensação de que a expectativa estava errada. A expectativa é mantida, e a discrepância é atribuída ao ator. Dessa forma, as expectativas cognitivas são caracterizadas por uma nem sempre consciente disposição de assimilação em termos de aprendizado, e as expectativas normativas, ao contrário, caracterizam-se pela determinação em não assimilar os desapontamentos. [...] Sendo assim, as normas são *expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos*. Seu sentido implica na incondicionabilidade de sua vigência na medida em que a vigência é experimentada, e portanto também institucionalizada, independentemente da satisfação fática ou não da norma. O símbolo do ‘dever ser’ expressa principalmente a expectativa dessa vigência contrafática, sem colocar em discussão essa própria qualidade – aí estão o sentido e a função do ‘dever ser’. Se bem que orientado em termos contrafáticos, o sentido do dever ser não é menos fático que o do ser. Toda expectativa é fática, seja na sua satisfação ou no seu desapontamento o fático abrange o normativo. A contraposição convencional do fático ao normativo deve, portanto, ser abandonada. Ela é uma construção conceitual errônea, como no caso de se querer contrapor ser humano e mulheres; uma manobra conceitual que nesse caso é prejudicial às mulheres, e naquele ao dever ser. O oposto adequado ao normativo não é o fático, mas sim o cognitivo. Só é possível optar-se coerentemente entre essas duas orientações com respeito ao tratamento de desapontamentos, e não entre o fático e o normativo.”.

se transmuda em norma, e, como que numa simbiose, os dominados são acultarados pelos interesses dos dominantes e passam a defender estes interesses como se fossem seus, o que serve de baluarte para a elaboração legislativa melíflua com este – agora – “consciente coletivo”: é nesse ponto que, travestido de regra jurídica, o inconsciente coletivo se torna explícito, ainda que não em sua completude.

O programa Tolerância Zero, implementado na cidade de Nova Iorque, durante o Governo do prefeito Rudolph Giuliani – sob a execução do chefe de Polícia William Bratton –, é clara expressão dessa expectativa normativa e da ideia de que a resposta para o problema da violência orbita o incremento do Estado Penal. O programa Tolerância Zero se baseia na Teoria das Janelas quebradas[204], de James Q. Wilson e George Kelling, que jamais foi comprovada empiricamente, tendo sido inclusive refutada nas pesquisas desenvolvidas por Bernard Harcourt[205]. Tal ideologia, oriunda dessa falaciosa teoria das janelas quebradas, surge para fomentar a formação do Estado penal, cuja função repressiva se sobressai – em oposição ao Estado social (encarregado de se fazer presente por serviços de educação, saúde, lazer emprego etc.) **–**, que é apresentado equivocadamente como único adequado à pacificação social. Cultua-se, desse modo, a imputação exclusivamente individual do crime[206], excluindo-se

---

[204] BELLI, 2004, p. 64: “se as janelas quebradas em um edifício não são consertadas, as pessoas que gostam de quebrar janelas admitirão que ninguém se importa com seus atos de incivilidade e continuarão a quebrar mais janelas”.

[205] BELLI, 2004, p. 63: “A recepção favorável da Tolerância Zero no Brasil tem menos a ver com sua suposta eficiência na redução dos crimes do que com sua eficácia simbólica no reforço de estereótipos correntes na sociedade brasileira.”.

[206] BELLI, 2004, p. 82: “Nesse contexto, os indivíduos são considerados sempre os senhores de seus destinos, seres que escolhem livremente seu próprio caminho e são os únicos responsáveis pelo seu sucesso ou fracasso. É grande a tentação de olhar para a árvore e esquecer do bosque, pois há pessoas que ‘lutaram e se deram bem’ ou indivíduos que, apesar de humilhados e excluídos, conseguiram ‘dar a volta por cima’. Convencer-se de que esses exemplos são representativos e refletem a realidade do mundo é a melhor forma de lavar as mãos, atribuindo o fracasso dos outros unicamente a seus atributos pessoais inatos (preguiça, imoralidade, falta de força de vontade etc.)”.

a responsabilidade social ou estatal pela ausência de prestação de serviços públicos essenciais[207].

É verdade que o programa Tolerância Zero, com o aumento dos efetivos policiais, diminuiu 38% dos crimes violentos em New York, entre 1994 e 1998, sendo que só os homicídios sofreram declínio de 51%. No entanto, os índices de criminalidade na cidade já estavam em queda há três anos, fenômeno observado em todos os Estado Unidos. Ademais, cidades como San Diego, Houston, Boston, Los Angeles e Dallas tiveram declínio nas taxas de criminalidade, em alíquota igual ou superior a de Nova Iorque, sem nenhuma política específica de combate à violência. Daí a afirmação de que "a fama da Tolerância zero se deve sobretudo a uma bem construída estratégia de marketing" (BELLI, 2004, p. 73). O programa também contribuiu para o agravamento da hiperinflação carcerária, cuja população quadriplicou no período, para a elevação dos índices de violência policial e para a diminuição dos investimentos noutras áreas de atuação estatal[208]. Não obstante a aparente aceitação da ideologia do programa, sua implementação no paradigma brasileiro poderia gerar efeitos nefastos[209], sobretudo com o recrudescimento da

---

[207] BELLI, 2004, p. 83: "O que fazer então com os excluídos e redundantes? Na sociedade de consumo, eles também cumprem uma função. Encarnam os demônios interiores da sociedade e, nessa condição, são mantidos à distância. [...] todos aqueles incapazes de cumprir a função primordial da sociedade contemporânea: consumir.".

[208] BELLI, 2004, p. 79: "Para quem porventura considere exagero vincular os investimentos em encarceramento e punição com o desmantelamento de esquemas de seguridade social e políticas distributivas, é só olhar para as iniciativas implementadas na segunda metade do último mandato do prefeito Giuliani. Intensificou-se o esforço de recolher os sem-teto nova-yorkinos para abrigos da Prefeitura e obrigá-los a trabalhar em troca de salários módicos. Os que não queriam ou não podiam trabalhar corriam o sério risco de serem expulsos dos abrigos e, ao permanecerem nas ruas, serem encarcerados, já que dormir nas ruas e praças é ilegal. [...] De qualquer maneira, a substituição do *welfare* pelo *workfare* representa a recusa de se investir em esquemas de seguridade social em nome da responsabilidade individual. Os indivíduos excluídos teriam deixado de ser funcionais para a economia capitalista, tornando-se inclusive obstáculo ao bom funcionamento dos negócios e do turismo. Quando o recolhimento para o abrigo e o trabalho sem perspectiva dos esquemas de *workfare* não funcionam, entra em cena a Tolerância Zero para enquadrar os recalcitrantes, a horda de disfuncionais que precisam ser punidos não tanto como exemplo para dissuadir potenciais criminosos, mas porque a função da pena se esgota na punição enquanto neutralização da exclusão.".

[209] BELLI, 2004, p. 85: "O Brasil parece seguir essa mesma tendência de progressiva redução do Estado a suas funções policiais carcerárias. O problema maior, no entanto, é que o Estado de bem-estar nunca se universalizou no Brasil, de modo que seu desmantelamento deve gerar uma precarização ainda mais intensa do que aquela observada nos países desenvolvidos. Além disso, sabe-se que países como os EUA, por exemplo, têm mais capacidade financeira para sustentar o

violência policial[210]: valendo a observação de que órgãos estatais são os primeiros a agirem com violência, como se da guerra pudesse surgir a paz e da desobediência à ordem jurídica se pudesse fomentar seu respeito e sua integridade.

No pensamento de Weber, a dominação legal, tida como ideal, tangencia a obediência hierárquico-normativa das instituições democráticas[211], o que não ocorre no cenário de violência policial estabelecido empiricamente no Brasil, que dissolve o conceito weberiano em ideologia. Por outro lado, a ausência de responsabilização social, por meio da formação do Estado penal, permite a completa dissociação entre direitos e deveres[212], de maneira que a sociedade,

---

crescente encarceramento de sua população excluída, ao passo que o Brasil não possui recursos para financiar a construção de presídios na escala pretendida.".

[210] BELLI, 2004, p. 83: "A nova estratificação promovida pelo capitalismo em tempos de globalização produz exclusão sistemática e, em última instância, reduz o espaço público, dissolvendo o cidadão em mero consumidor. Nesse sentido, o Brasil coincide com os países centrais, apesar das trajetórias históricas e estruturais distintas.".

[211] BELLI, 2004, p. 97/99: "Weber constrói três tipos ideais de dominação legítima. Na primeira, chamada de dominação tradicional, exercida pelo patriarca e pelo príncipe patrimonial, a obediência baseia-se na crença cotidiana na santidade das tradições vigentes. Na dominação carismática, exercida pelo profeta, pelo governante plebiscitário ou pelo grande demagogo, o que conta é a dedicação e a confiança pessoal na revelação, heroísmo ou quaisquer outras qualidades excepcionais e extraordinárias da liderança. A dominação legal, finalmente, exercida pelo moderno funcionário do Estado, sustenta-se na fé na validade do estatuto legal e na competência funcional estabelecida por regras racionalmente criadas. O tipo ideal da dominação legal descreveria, assim, na sua forma pura, a dominação que tem lugar sob o Estado moderno, ou seja, a dominação baseada em estatutos, caracterizada pela obediência 'à ordem impessoal, objetiva e legalmente estatuída e aos superiores por ela determinados, em virtude da legalidade formal de suas disposições e dentro do âmbito de vigência destas' [...] A dominação legal atinge sua forma mais acabada com a burocracia, que se pauta pelo exercício de competências funcionais reguladas por estatutos, pelo princípio da hierarquia funcional, pela separação absoluta entre o quadro administrativo e os meios de administração. O resultado é uma dominação *sine ira et studio*, sem cólera nem parcialidade. É o domínio da impessoalidade formalista, a atuação sob pressão de conceitos de dever e o abandono de considerações pessoais.".

[212] GLENDON, 1991, p. 12: "American rights talk is set apart by the way that rights, in our standard formulations, tend to be presented as absolute, individual, and independent of any necessary relation to responsibilities.". Em tradução livre: "A linguagem dos direitos nos Estados Unidos se diferencia [da dos demais países] pela forma como os direitos são apresentados e afirmados, absolutos, individuais e independentes de qualquer relação eventualmente atrelada a responsabilidades".

desde que afastada do criminoso, não precisa repensar a reprodução dos mecanismos de exclusão social por meio do exercício dos poderes estatais[213].

4 A ideologia legitimante do sistema prisional

E para onde vão os excluídos, os indesejados, os representantes do mal social? Desaguam, em sua maioria, no sistema carcerário. E o que se lhes oferece nesse sistema? Toda sorte de humilhações e violência, com o silente e acrítico assentimento social e estatal[214].

Impulsionado pelas funções retributiva e ressocializadora, plasmadas no art. 59 do Código Penal brasileiro[215], a pena assenta sua justificação em teorias anacrônicas, datadas de épocas nas quais imperavam regimes absolutistas[216] ou

---

[213] BELLI, 2004, 139/140: "O Holocausto nasceu e foi executado na nossa sociedade moderna e racional, em nosso alto estágio de civilização e no auge do desenvolvimento cultural humano, e por essa razão é um problema dessa sociedade, dessa civilização e cultura [...]. A implicação de que os que perpetraram o Holocausto foram uma ferida ou uma doença de nossa civilização – e não seu horrendo mas legítimo produto – resulta não apenas no conforto moral da auto-absolvição, mas também na terrível ameaça do desarmamento moral e político [...]. Uma vez que a atribuição de culpa for considerada equivalente à identificação das causas, a inocência e sanidade do modo de vida que tanto nos orgulhamos não precisam ser colocados em dúvida.' O autor se insurge [...] contra a consideração do Holocausto como uma doença da civilização. Na verdade, seria um produto de uma sociedade racional, considerada avançada e no auge de seu desenvolvimento cultural. A atribuição de culpa aos nazistas, ao ser considerada equivalente à identificação da causa do Holocausto, absolve o contexto social que permitiu a emergência do fenômeno. Dessa forma, o modo de vida que prevalece na sociedade segue livre de questionamentos. Mecanismo análogo funciona no que diz respeito à exclusão cotidiana da população considerada desajustada e com dificuldades de inserir-se na sociedade de consumo. A culpabilização dos indivíduos pelo próprio malogro equivale à identificação da causa do fracasso empiricamente constatado.".

[214] LEAL, 2012, p. 332: "Sob o olhar indiferente e cúmplice do Estado, na prisão se pratica toda sorte de ações que traduzem uma desatenção aos direitos humanos, na medida em que, muito mais do que a própria liberdade (já que sem esta, no dizer de Berdiaeff, nem sequer há pessoa) e contrariamente aos princípios essenciais do Estado de Direito Democrático, o presidiário perde muitos outros de seus direitos, num *locus* decrépito e lutuoso, no qual se amalgamam a coabitação compulsória, a violência intrínseca ao encerro e a estigmatização".

[215] Código Penal: "Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.".

[216] BITTENCOURT, 2011, p. 117: "Entende-se melhor a ideia de pena em sentido absoluto quando se a analisa conjuntamente com o tipo de Estado que lhe dá vida. As características mais

do período iluminista[217]. Gera perplexidade o fato de que hodiernamente ainda se justifique a pena com base em ideias formuladas há mais de dois séculos. Por um lado, a retribuição reside na paradoxal ideia de que a recompensa do mal com o mal, de alguma forma, purificará a sociedade com a "lavagem da alma" da alma das vítimas do crime (ou os sucessores desta) e o sofrimento do delinquente – o que justificaria, inclusive, conforme sustentado por Immanuel Kant, a plena aplicabilidade da Lei de Talião[218]. Por outro lado, a ressocialização (ou prevenção)

---

significativas do Estado absolutista eram a identidade entre o soberano e o Estado, a unidade entre a moral e o direito, entre o Estado e a religião, além da metafísica afirmação de que o poder soberano lhe era concedido diretamente por Deus. A teoria do direito divino pertence a um período em que não somente a religião mas também a teologia e a política confundiam-se entre si, em que 'até' para fins utilitários era obrigatório encontrar-se um fundamento religioso se se pretendesse ter aceitação. Na pessoa do rei concentrava-se não só o Estado, mas também todo o poder legal e de justiça. A ideia que então se tinha da pena era a de ser um castigo com o qual se expiava o mal (pecado) cometido. De certa forma, no regime do Estado absolutista, impunha-se uma pena a quem, agindo contra o soberano, rebelava-se também, em sentido mais que figurado, contra o próprio Deus.".

[217] BITTENCOURT, 2011, p. 133/138: "A elaboração do iniciador da moderna ciência do direito penal significou, em seu tempo, a mais inteligente fundamentação do direito punitivo. Na concepção de Feuerbach, a pena é, efetivamente, uma ameaça da lei aos cidadãos para que se abstenham de cometer delitos; é, pois, uma 'coação psicológica' com a qual se pretende evitar o fenômeno delitivo. [...] Presumia-se, assim, que 'o homem racional e calculista encontra-se sob uma coação, que não atua fisicamente, como uma cadeia a que deveria prender-se para evitar com segurança o delito, mas fisicamente, levando-o a pensar que não vale a pena praticar o delito que se castiga' [...] tais ideias tiveram como consequência levar o Estado a 'fundamentar a pena utilizando os princípios que os filósofos do Iluminismo opuseram ao absolutismo' [...] Hassamer – que abordou o tema com muita propriedade – refere-se à mesma crítica que apontamos em relação à instrumentalização do homem delinquente, para servir de exemplo aos demais cidadãos, observação que já havia sido feita por Kant. A prevenção geral, neste particular, ameaça a dignidade humana. Os problemas empíricos, por sua vez, podem apresentar-se da seguinte forma: 1º) Conhecimento da norma jurídica por seu destinatário [nem todo cidadão conhece a norma jurídica que supostamente deveria intimidá-lo] [...] 2º) A motivação do destinatário das normas [...] demonstrou-se que a ideia de um *homo oeconomicus*, que avalia vantagens e desvantagens de sua ação e, consequentemente, 'desiste de cometê-la, porque o sistema jurídico-penal, com a cominação de pena e a possibilidade de executá-la, leva à conclusão (suposição) de que não vale a pena praticá-la'. infelizmente, esse *homo oeconomicus*, que a fórmula da prevenção geral supõe, não existe. [...] Em todo caso, não se duvida que a pena intimida, e por isso deve preocupar-nos a proporcionalidade das cominações penais duras e seu efeito intimidatório, isto é, não se pode castigar amedrontando desmedidamente (embora isso ocorra)".

[218] BITTENCOURT, 2011, p. 123/124: "Hegel também é partidário de uma teoria retributiva da pena. Sua tese resume-se na conhecida frase: 'a pena é a negação da negação do Direito'. Para Mir Puig, a fundamentação hegeliana da pena é – ao contrário da kantiana – mais jurídica, na medida em que para Hegel a pena encontra sua justificação na necessidade de restabelecer a vigência da *vontade geral*, simbolizada na ordem jurídica e que foi negada pela vontade do delinquente. Isso significa, na afirmação de Mir Puig, que, 'se a vontade geral é negada pela vontade do delinquente, ter-se-á de negar essa negação através do castigo penal para que surja de novo a afirmação da vontade geral'. A pena vem, assim, retribuir ao delinquente pelo fato praticado e 'de acordo com o *quantum* ou intensidade da negação do direito será também o

não resiste à mais fundamental das críticas: como pretender reintegrar um indivíduo retirando-lhe da sociedade[219]? Isso sem contar as óbvias contraposições

---

quantum ou intensidade da nova negação que é a pena'. [...] Aceitando que a pena venha a restabelecer a ordem jurídica violada pelo delinquente, igualmente se deve aceitar que a pena não é somente um mal que se deve aplicar simplesmente porque antes houve outro mal, porque seria – como afirma o próprio Hegel – 'irracional querer um prejuízo simplesmente porque já existia um prejuízo anterior'. A imposição da pena implica, pois, o restabelecimento da ordem jurídica quebrada. Aliás, na opinião de Hegel, 'somente através da aplicação da pena trata-se o delinquente como um ser *racional* e *livre*. Só assim ele será honrado, dando-lhe não apenas algo justo em si, mas lhe dando o seu direito [...]. Como Kant, também Hegel atribui um conteúdo talional à pena.".

[219] SILVA, 2009, p. 34/36: "Não há como conciliar prisão e ressocialização. A integração social de que trata o art. 1º da Lei de Execuções Penais é meta falaciosa ou, melhor dizendo, a integração social pela prisão não passa de uma bela mentira. Construção teórica, abstrata e estéril, a proposta de ressocialização despreza a natureza das coisas e ignora a realidade e as peculiaridades da prisão. Sem um fundamento racionalmente sustentável, pretende conferir à prisão uma qualidade a ela absolutamente estranha, como se, por alquimia, pudesse transformar um ato de violência em algo essencialmente bom. Também a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) incorre no equívoco de atribuir à prisão o incompatível propósito ressocializador, quando dispõe em seu art. 5º, §6º, que 'as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados'. Uma vez aplicada, a prisão funciona como um simples castigo. Nada mais que isso. Aquela ideia romântica de que a execução da pena tem por objetivo a integração social (ou recuperação, ou ressocialização, ou reeducação) do condenado deve ser abandonada. O sistema penal, no modelo que preconiza a readaptação social do delinquente, tem no preso uma espécie de doente e a prisão, um hospital para o seu tratamento; ou, pior ainda, vê no preso uma pessoa que carece de reeducação, sendo a prisão a escola que atenderá a tal propósito. Cadeia não é hospital! Cadeia não é escola! Cadeia é espaço de castigo! A prisão é legitimada como necessário instrumento da vida em sociedade, mas consiste em ato de violência, que retira do sujeito a liberdade, um de seus mais importantes atributos da pessoa humana. E não se educa o homem com violência, da mesma forma que não se ensina a vida em liberdade retirando-se justamente a liberdade da pessoa. [...] Ao se afastar a ideia de a que sanção penal tem por objetivo recuperar e reintegrar o homem à sociedade, abre-se espaço para o aparecimento dessa verdade há muito recôndita, maquiada pelo bem engendrado sofisma da ressocialização, e também uma verdade incômoda: pena é castigo. Na realidade, trata-se apenas de uma constatação e não de uma construção nova. Também não se trata aqui de uma atitude pessimista, como na expressão de Bittencourt, mas de uma necessária evolução dogmática para a edificação do sistema punitivo sobre princípios verdadeiros. De fato, a sanção penal nunca teve objetivo ressocializador. Tal ideia, implantada na ciência penal e difundida nas escolas de Direito, nada mais é do que propaganda enganosa. Mero artifício para vender um produto de alto custo e de eficiência questionável: a prisão. E, por paradoxal que possa parecer, uma vez reconhecida a retributividade como única função da pena aplicada, caem as cortinas que outrora nos obnubilavam a visão e, a partir de um prisma mais claro, passamos a ter a possibilidade de melhor enxergar e melhor pensar o sistema punitivo. A mentira da prisão ressocializadora tem sido grande obstáculo à realização de uma justiça criminal racional, impedindo o seu aperfeiçoamento com apoio e fundamentos válidos. Poucos conseguem compreender – realmente é quase impossível fora do campo dogmático – que a prisão possa reeducar o homem. Rupert Cross assegura, a propósito, que 'a ilusão de que a pena de prisão pode ser reformativa mostra-se altamente perniciosa, pois, enquanto permanecemos gravitando em torno dessa falácia, abstemo-nos de examinar seriamente outras viáveis soluções para o problema penal'.".

decorrentes da própria adoção, pelo sistema brasileiro, de teorias antagônicas de justificação da pena: a retribuição e a prevenção[220].

Ululantemente, decorrem mazelas da néscia ideologia, as anátemas prisionais: a dissociação entre a realidade carcerária e os ditames legais não constitui problema meramente teórico, relativo à distinção entre facticidade e validade, mas efetiva a verdadeira ideologia, que inculca na sociedade os entorpecentes cerebrais da justificação da pena. Basta analisar perfunctoriamente as autênticas masmorras[221], nas quais os presos têm de se revezar para dormir, dada a escassez de espaço[222], para compreender que a nefasta distanciação entre os idealismos legislativos[223] e as brutais condições prisionais[224] constituem

---

[220] BITTENCOURT, 2011, p. 153: "O choque entre princípios, ideias, finalidades e fundamentos, absolutamente distintos era inevitável. O que poderia resultar aconselhável em termos de prevenção geral poderia contrariar o princípio da culpabilidade ou da proporcionalidade, e ambos poderiam, inclusive, colidir com as previsões da prevenção especial. Os problemas decorrentes de tudo isso se concretizam na hora da cominação penal ou da determinação judicial e penitenciária da pena.".

[221] NUCCI, 2008, p. 1005: "na prática, no entanto, lamentavelmente, o Estado tem dado pouca atenção ao sistema carcerário, nas últimas décadas, deixando de lado a necessária humanização do cumprimento da pena, em especial no tocante à privativa de liberdade, permitindo que muitos presídios se tenham transformado em autênticas masmorras, bem distantes do respeito à integridade física e moral dos presos, direito constitucionalmente imposto."

[222] FAVORETTO, 2012, p. 43: "Na verdade, o que se verifica na prática é uma realidade extremamente distante do cenário ideal previsto pela lei. Segundo esclarece Roberto Porto, 'é comum, em estabelecimentos penitenciários brasileiros, presos se revezaram para dormir, ou amarrarem seus corpos às grades já que o espaço interno da cela não permite que todos se deitem ao chão ao mesmo tempo. A superlotação é o mais grave – é crônico – problema aflige o sistema prisional brasileiro'.".

[223] MARCÃO, 2009, p. 34: "Ressalte-se, por oportuno, que é público e notório que o sistema carcerário brasileiro ainda não se ajustou à programação visada pela LEP. Não há, reconhecidamente, presídio adequado ao idealismo programático da LEP. É verdade que, em face da carência absoluta nos presídios, notadamente no Brasil, os apenados recolhidos sempre reclamam de mal-estar nas acomodações, constrangimento ilegal e impossibilidade de readaptação à vida social."

[224] LEAL, 2012, p. 99/100: "Num relato avassalador, disse José Raúl Bedoya, contrabandista de armas que passou a metade de sua vida em calabouços sul-americanos e mexicanos, em seu livro Infierno entre Rejas, que o submundo dos ergástulos não pode ser reproduzido com 'frases adornadas nem palavras rebuscadas, pois para descrever as realidades desnudas a lírica deve estar ausente, e seria tanto quanto querer adornar um cadáver'. O autor narra um episódio que mostra quão cruel pode ser esta realidade: Havia uns vinte sujeitos inalando thinner, tragando pasta, fumando maconha e injetando-se heroína. Faziam uma algaravia insuportável, pois, pelos efeitos das drogas, estavam eufóricos. De pronto, um deles disse: – Na remessa de hoje veio um rapazinho 'biscoito', com ele completamos a animação. – Vamos atrás dele – disseram os demais e se foram á sua cela. Tratava-se de um jovem camponês de uns 20 anos, que tinha sido trazido de um cárcere de província para cumprir sua sentença em Santa Martha. Como puderam, romperam o cadeado de sua cela e o retiraram arrastando a um pátio interior, o desnudaram e o

mais do que um problema teórico: a integral impossibilidade de se concretizar quaisquer dos pressupostos da teoria justificante da pena, a proporcionalidade – demandada pela teoria retributiva – e a ressocialização[225].

A superlotação fomenta a dissociação entre o preso e a sociedade, eis que exposto à realidade vivenciada no cárcere, completamente seccionada daquela encontrada no mundo exterior [226]. A subcultura carcerária impõe a

---

sentaram como se fosse um Buda, e um a um iam tirando sua roupa, beijando-o e tocando-o. aquilo se parecia com uma das danças que os índios costumavam dançar quando iam sacrificar alguém. O rapazinho começou a gritar, porém um dos sujeitos lhe tapou a boca com sua cueca imunda, ele tremia com um grande medo refletido em seu olhos. Eu me fiz de adormecido para não despertar a fúria daquelas bestas. Vários se juntaram para agarrá-lo e imobilizá-lo, enquanto os demais, um a um, lhe metiam seu membro; assim sucedeu até que passou por todos. O rapaz não aguentou e morreu em meio a uma grande poça de sangue e excrementos, pois o rebentaram pelas violações consecutivas. Não satisfeitos com o que haviam feito, aqueles abutres lhe cortaram o membro e os testículos e começaram a brincar com eles, atirando-os entre si, para ver se acertavam que lhes caísse na boca. Presenciando semelhante atrocidade, os cabelos se me fizeram um nó e me encrespei todo. Minha mente se turvou e me deixei cair na cama, nervoso e abatido."

[225] SILVA, p. 40: "O que dizer, então, do crime praticado há muito tempo? Imagine-se um indivíduo que, aos 18 anos de idade, praticara um roubo. Instaurou-se o processo à época do crime, mas diante de entraves processuais a sentença somente teria transitado em julgado depois de 10 anos. O réu, hoje condenado, está com 28 anos de idade e, à exceção do roubo praticado aos 18, não mais se envolveu em prática criminosa. É trabalhador. Tem esposa e filhos. Enfim, uma vida honesta e honrada. Mas a condenação foi imposta no processo: 12 anos de reclusão em regime fechado. Acaba de ser preso e levado à penitenciária... Faz algum sentido falar-se em ressocialização? Acontece que, em qualquer caso, a prisão nunca transformou um criminoso em não-criminoso. Nem jamais o fará! A proposta é por demais absurda: retirar da sociedade (prender) para ressocializar (ensinar a vida em liberdade). De tão insensata, deveria ser suficiente para fazer qualquer professor de Direito Penal corar de vergonha. Mas assim fomos formados e há mais de um século estamos repetindo o mesmo erro, inclusive na formação de novos profissionais do direito."

[226] BITTENCOURT, 2011, p. 174/178: "As condições peculiares de vida a que os reclusos são submetidos estimulam o surgimento de um sentimento que se poderia chamar de *consciência coletiva*, cujo conteúdo se define, basicamente, por valores que contradizem os que a maioria considera legítimos. Essa *consciência coletiva* define um sentimento antagônico em relação à comunidade livre. No entanto, não é fácil caracterizar com precisão o sistema social e a subcultura da prisão. O mundo dos reclusos é um mundo confuso, sendo temerário afirmar que possua uma estrutura social claramente definida, já que não existem valores e objetivos claros e consolidados. Subsiste uma relação conflitiva entre os próprios internos ou entre estes e os funcionários. [...] Os valores que caracterizam o sistema social do recluso organizam-se em torno dos criminosos mais incorrigíveis do sistema. A detenção de poder no interior das prisões manifesta-se das formas mais variadas e em circunstâncias que, no mundo livre, não assumem nenhuma importância. Pode, por exemplo, expressar-se pela maior ou menor quantidade de tabaco, pela capacidade de influir junto ao pessoal penitenciário etc. Pode também externar-se por manifestações desumanas, como o fato de dispor dos serviços de outro recluso, como se fosse um verdadeiro escravo. Todos os valores e atitudes do sistema social carcerário estão impregnados de forte antagonismo em relação aos valores da sociedade exterior. Expressam esse antagonismo na renegação que fazem às

prisionalização[227], que implica a submissão do recluso à observância de normas[228] e códigos de comunicação particulares do ambiente em que se encontra[229]. Assim, facilita-se a inserção do recluso nas associações criminosas organizadas, a partir do seu contato com membros que lhe impõe, não raro de maneira violenta

pessoas que desempenham as diversas funções no aparato repressivo (juízes, promotores, policiais, agentes etc.).”

[227] BITTENCOURT, 2011, p. 190/191: “A prisionalização é o efeito mais importante que o subsistema social carcerário produz no recluso. Prisionalização é a forma como a cultura carcerária é absorvida pelos internos. Trata-se de conceito similar ao que em sociologia se denomina assimilação. Quando uma pessoa ingressa em um grupo, ou quando dois grupos se fundem, produz-se uma assimilação. A assimilação implica um processo de aculturação de parte dos incorporados. As pessoas que são assimiladas vêm a compartilhar sentimentos, recordações e tradições do grupo estabelecido, também chamado estático. [...] A prisionalização também se assemelha consideravelmente com o que em sociologia se chama processo de socialização. Esse é o processo por meio do qual ensinam a uma criança os modelos de comportamento social. *Mutatis mutandis*, guardadas as devidas diferenças, o recluso é submetido a um processo de aprendizagem que lhe permitirá integrar-se à subcultura carcerária. Para Antonio Garcia-Pablos y Molina ‘o cárcere, segundo demonstram os enfoques subculturais modernos, é uma subcultura. Em outros termos, é um conjunto normativo autônomo que coexiste paralelamente com o sistema oficial de valores’. Trata-se de uma aprendizagem que implica um processo de ‘dessocialização’. Esse processo dessocializador é um poderoso estímulo para que o recluso rejeite, de forma definitiva, as normas admitidas pela sociedade exterior.”

[228] BITTENCOURT, 2011, p. 186/188: “O *código do recluso* é a expressão mais elaborada das regras básicas da sociedade carcerária. Não se trata apenas de simples atitudes ou de valores mais ou menos antagônicos em relação à sociedade livre. O *código do recluso* implica o estabelecimento de determinadas normas de cumprimento obrigatório, e eventual desobediência significa a imposição coercitiva de alguma sanção. Trata-se de uma das expressões mais típicas do antagonismo com a sociedade, que, nesse caso, é representada pelo pessoal penitenciário. Sua finalidade principal é que não haja colaboração com o ‘inimigo’. [...] As normas fundamentais do *código do recluso* podem ser sintetizadas nas seguintes: 1ª) não se intrometer nos interesses dos detentos; 2ª) não *perder a cabeça*; 3ª) não explorar os detentos (esta é a regra mais descumprida); 4ª) não se debilitar; 5ª) não ser ingênuo. Referidas normas têm a finalidade básica de criar forte coesão entre o grupo e reduzir a vulnerabilidade às influências do tratamento. Esse corpo normativo tem como consequência secundária o fortalecimento do comportamento criminoso e o repúdio das normas reconhecidas como legítimas pela sociedade. Aflora, nesse paradoxo, a incompatibilidade entre os objetivos declarados da pena e a realidade carcerária.”

[229] BITTENCOURT, 2011, p. 185: “Sob a expressão *gíria penitenciária* pode-se compreender o que se poderia definir como uma linguagem artificial e específica utilizada nos estabelecimentos carcerários, tanto por funcionários quanto por reclusos, para facilitar a relação e compreensão recíprocas. A *gíria carcerária* é uma expressão inevitável da subcultura desse meio. Ignorá-la torna praticamente impossível o trabalho tanto do pessoal penitenciário quanto de eventual pesquisador. Elías Neuman define a gíria penitenciária como uma linguagem produto de áreas submersas. Alguns de seus termos são como aríetes de ironia, de ansiedade, de dor, lançados através de um submundo marginal. A natureza de seus vocábulos reflete o analfabetismo, a inadaptação e o conflito do ambiente em que vivem. A função mais importante da gíria carcerária é facilitar a comunicação entre os próprios internos. Seu domínio é, geralmente, um dos requisitos fundamentais para que o recluso seja considerado membro da sociedade carcerária.”

e desumana, a filiação e a fidelidade à organização[230]. Inegável, assim, o fator criminógeno que a prisão exerce, fomentando a reiteração das práticas criminosas e o aprimoramento das já assimiladas[231], distanciando o segregado dos ideais de convivência da sociedade livre, em clara ruptura com o paradigma da ressocialização.

Agregado à superlotação, o ócio ao qual se sujeitam os reclusos – dada a impossibilidade de trabalho ou práticas lúdico-recreativas, por força da falta de estrutura que impera em grande parte dos presídios e penitenciárias no Brasil – fomenta a violência. Episódios de violência não constituem exclusividade do

---

[230] LEAL, 2012, p. 131: "Em PCC: A história da Facção: o Perfil de Marcola, o Líder; a Posição do Governo: a Vida nos Presídios, lê-se este impressionante relato: Dentro das cadeias, o PCC impôs-se à força como a mais temida organização criminosa dos cárceres paulistas. As contribuições dos batizados, antes destinadas apenas para ajudar 'presos pobres', começaram a financiar armamentos pesados. O tráfico já se transformara no principal negócio. O dinheiro sobrepôs-se à solidariedade. Contra os preceitos do próprio estatuto, muitos pilotos do comando passaram a extorquir quem teimava em não ser 'irmão'. Num Centro de Detenção Provisória (CDP) de São Paulo, o detento Y é esfoliado – econômica e moralmente. Primeiro é obrigado a bancar a cela que habitava com outros onze presos. Distribui celulares, comida e drogas. Depois perde mais 10.000 reais no jogo de ronda. Quando o dinheiro acaba dois meses depois é humilhado. Apanha quase diariamente. Leva socos, pontapés e madeiradas. Contudo, Y não quer ir para o seguro. A tortura perde a graça. Então, ele fica a maior parte do dia amarrado a lençóis no banheiro do barraco. Passa por sessões de afogamento numa tina. Também perde a graça. Seus algozes o deixam nu, deitado com o peito para cima. Urinam e defecam sobre ele. Depois mandam que dance com uma garrafa de refrigerante enterrada no ânus. Y chora, implora, grita. É amordaçado. A semana seguinte, eles prometem, será mais animada. Quando chega, os presos lhe apresentam uma colher e uma vasilha de plástico cheia de excrementos. Obrigam-no a comer tudo e, 'para aliviar', alternam com pedaços de sabonete. É proibido vomitar, o vômito voltaria como 'reforço alimentar'. A turma ri: 'o bagulho é doido'. Haveria ainda a última sessão para quitar a suposta dívida de 1.200 reais. Um preso amarra-o com os braços para trás. O piloto do raio faz a vez de dentista. Como ele se nega a abrir a boca, cravam-lhe as mãos no pescoço. Y cede. Então, com um alicate, o piloto tritura um de seus dentes molares superiores. A dor é lancinante. O torturado empapa-se de sangue. Está à beira do desmaio. Mas, 'para ficar estético', o piloto arranca-lhe o outro, do lado oposto. Desamarram-no. A dívida está paga."

[231] FAVORETTO, 2012, p. 44: "Assim, pelo menos no campo teórico, devem coexistir de forma harmônica as funções retributiva, preventiva e ressocializadora da sanção penal. infelizmente, contudo, com a atual situação do sistema carcerário brasileiro, esta finalidade da pena não passa de meta programática, muito distante de sua concretização. Nas palavras de Newton Fernandes e Valter Fernandes 'a forma de cumprimento da pena na maioria das prisões, dadas as particularidades que as cercam, não contribuem de maneira alguma, para a reeducação ou recuperação do preso [...]. Apenas servem, essas prisões, para que novos crimes sejam ali apreendidos, planejados para o futuro e arquitetados, quase á perfeição, face às experiências trocadas pelo colégio de marginais, dos mais diferentes crimes, que sem nenhuma racionalização são agrupados em expiação a seus delitos. A cadeia, então, ao invés de instrumento de custódia para recuperação de presos, passa a ser verdadeira escola de graduação e, não raro, pós-graduação, para o cometimento de toda espécie de delituosidade'."

modelo prisional brasileiro, tão permeado de ocorrências representativas quanto quaisquer outros. O curioso dos episódios de violência ocorridos no interior dos estabelecimentos carcerários mantidos pelo Estado é a perplexidade gerada pela dicotomia: por um lado, os discursos eleitoreiros destinados ao recrudescimento das políticas públicas de segurança, pugnando pelo aprimoramento do aparelho repressivo e pela multiplicação dos tipos penais, inclusive com maior rigidez das penas; por outro lado, e simultaneamente, a completa ignorância de que o Estado sequer se mostra capaz de assegurar a incolumidade física e moral dos internos em um ambiente particularmente fiscalizado[232].

A questão sexual também se afigura de grande relevância no que se refere à avaliação da pena. No Brasil, o art. 41 da Lei de Execuções Penais somente permite a visita do cônjuge ou do companheiro do detento, sem especificar se o Estado tem o dever de proporcionar o ambiente adequado para que os casais mantenham relações sexuais durante o encontro. Com efeito, dada a ausência de regulação específica da visita íntima, ficam a cargo dos diretores dos presídios as concessões desse benefício, embora já exista projeto de lei com o desiderato de

[232] Lei de Execuções Penais: "Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios. Art. 41 - Constituem direitos do preso: I - alimentação suficiente e vestuário; II - atribuição de trabalho e sua remuneração; III - Previdência Social; IV - constituição de pecúlio; V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado; X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI - chamamento nominal; XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento. Art. 42 - Aplica-se ao preso provisório e ao submetido à medida de segurança, no que couber, o disposto nesta Seção. Art. 43 - É garantida a liberdade de contratar médico de confiança pessoal do internado ou do submetido a tratamento ambulatorial, por seus familiares ou dependentes, a fim de orientar e acompanhar o tratamento. Parágrafo único. As divergências entre o médico oficial e o particular serão resolvidas pelo Juiz da execução."

regulamenta-la[233]. Tendo em vista que a ideia de ordem interna que deve permear a disciplina dos estabelecimentos carcerários muitas vezes se mostra contrária à instituição da visita íntima, em regra tal aspecto é ignorado. Fato é, entretanto, que a abstinência sexual obrigatória não constitui decorrência lógico-necessária da pena restritiva de liberdade – o que, inclusive, violaria a individualização da pena, ao se sancionar também o cônjuge inocente do segregado[234]. Por outro lado, a famigerada violência sexual conduz os reclusos a diversos comportamentos contrários à própria opção sexual, aos valores e às convicções filosóficas[235], isso

---

[233] LEAL, 2012, p. 262: "Em trâmite no Congresso Nacional, o Projeto de Lei 107, de 1999, de autoria da Deputada Maria Elvira, altera o art. 41 da LEP, inclui o inciso XI (visita íntima) e modifica a numeração dos subsequentes. Na justificação, assevera que dita visita deve ser vista como um direito e não como uma recompensa e aduz que a abstenção sexual, sendo forçada, causa danos e pode gerar um desequilíbrio no indivíduo, aumentar a violência, a belicosidade, as condutas disruptivas e o clima de tensão na unidade. Em 1999, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária recomendou, mediante Resolução, que fosse 'assegurado o direito da visita íntima aos indivíduos de ambos os sexos, recolhidos nos estabelecimentos penais'. [...] Note-se que a Resolução versa sobre a visita íntima de presos ou reclusas, intentando-se com isso opor-se a discriminações que, a despeito do princípio da igualdade, ainda podem existir quanto às mulheres. Entretanto, nem todos os Estados brasileiros autorizam a visita íntima nas penitenciárias femininas, já que existe o receio de que as internas possam engravidar. Por outra parte, não é mencionada a opção sexual. Explico-me: não se especifica que o cônjuge ou outro parceiro sejam do sexo oposto, permitindo-se interpretar que a Resolução não veda a visita entre homossexuais."

[234] BITTENCOURT, 2011, p. 220: "Pode-se considerar que a eliminação das relações sexuais constitui uma das privações inerentes à pena privativa de liberdade? Na atualidade, a resposta predominante considera que a privação de relações sexuais constitui uma forma de tratamento cruel na prisão, representando castigo excessivo e injustificado. Asúa afirma que nenhuma lei pode justificar que se impeça o recluso de ter a expressão normal de sua sexualidade. A privação coativa de relações sexuais constitui tratamento desumano e desrespeito à dignidade humana, violando o art. 10, §1º, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Ao impor a pena privativa de liberdade, não se pode incluir, como castigo complementar, a abstinência sexual, que seria uma proibição radical, sem fundamento legal. A imposição da abstinência sexual contraria a finalidade ressocializadora da pena privativa de liberdade, já que é impossível pretender a readaptação da pessoa e, ao mesmo tempo, reprimir uma de suas expressões mais valiosas. Por outro lado, viola-se um princípio fundamental do direito penal: a pessoalidade da pena, visto que, quando se priva o recluso de suas relações sexuais normais, castiga-se também o cônjuge inocente."

[235] BITTENCOURT, 2011, p. 210/212: "O homossexualismo na prisão pode ter duas origens distintas: ser consequência de atos violentos ou resultar de relação consensuais. [...] A facilidade com que os reclusos podem sucumbir às práticas homossexuais varia muito de um indivíduo para o outro. Alguns sofrem profundo conflito emocional antes de ceder à pressão; outros resistem e acabam atingidos por reações neuróticas ou psicóticas que apresentam as características de um pânico impregnado por claro matiz paranoide, que pode chegar a manifestações crônicas. Outros reclusos não têm maiores dificuldades em superar essa barreira. Há um grupo considerável que, como consequência de suas psicopatias superficiais, é basicamente neurótico e possui, muitas vezes, um importante componente homossexual inconsciente. Esse componente pode despertar com grande facilidade, emergindo diante da supressão da privação heterossexual e das numerosas tensões que ela produz. A homossexualidade nas prisões é uma prática comum,

quando não têm de oferecer parentes (mulheres, filhas, irmãs) à satisfação sexual dos demais detentos em troca da vida ou da incolumidade física[236]. Ainda quando

podendo-se afirmar que tem caráter universal. As circunstâncias, geralmente desumanas e anormais, da vida prisional, assim como a supressão da relações heterossexuais, são condições que influem decisivamente para que a homossexualidade no interior das prisões seja superior à que se constata fora delas. Essa situação agrava-se com uma planta física inadequada, com pouco ou nenhum trabalho para os reclusos e um tratamento deficiente ou inapropriado. As condições deploráveis em que se cumpre a pena privativa de liberdade transformam o sexo em uma forma de evasão e de 'criatividade'. O homossexualismo adquire significado de tal proporção na sociedade carcerária que chegam a surgir papéis especificamente sexuais. Existem homossexuais ativos, que são agressivos (os *bujarrones*, na gíria espanhola), e os homossexuais passivos. Estes dividem-se em dois subtipos: os indivíduos que fora da prisão são heterossexuais, mas que, obrigados pelas circunstâncias, assumem o papel de homossexual na prisão (*niños*, na gíria espanhola); e os indivíduos que ao ingressar na prisão já eram homossexuais (são chamados de 'mãe', 'supermãe', quando estão mais maduros. Depois dos quarenta são chamados 'de carroças'). Os reclusos mais jovens são as maiores vítimas do sistema. Essa experiência aterradora pode prejudicar sua identificação sexual em termos definitivos. Os que retornaram a suas esposas enfrentam prejuízos de difícil reparação. Mesmo os reclusos adultos podem ficar incapacitados para retomar suas atividades sexuais normais, especialmente quando os hábitos homossexuais atingiram certa intensidade. As formas de 'sedução', particularmente com os jovens, são as mais variadas possíveis. Os casos mais dramáticos e também mais comuns ocorrem quando a relação homossexual é produto de violência. Qualquer recluso que ingresse em uma prisão de segurança máxima ou com superpopulação pode ser atacado, a qualquer momento, por um grupo de internos frustrados. As próprias peculiaridades da prisão dificultam a apuração da quantidade de violações que ocorrem em um centro penal. as vítimas de violência sexual dificilmente se queixam dos ataques que sofrem, não apenas para evitar o estigma e a desmoralização que a publicidade produz, mas também pelo temor de serem prejudicadas na concessão de benefícios penitenciários ou da liberdade condicional. O poder dos líderes da sociedade carcerária chega ao ponto de, em certas ocasiões, os próprios guardas da prisão colocarem deliberadamente jovens reclusos nas celas dos *bujarrones* para que estes satisfaçam seus instintos sexuais e se mantenham calados. Outras vezes, os jovens reclusos são entregues aos *bujarrones* mediante o pagamento de determinada importância em dinheiro ao pessoal penitenciário. Como a violação ao recluso pode acontecer a qualquer momento, especialmente aos jovens, muitos deles, ante o risco do ataque, preferem buscar proteção antecipada em uma relação homossexual com outro recluso. Um estudo sobre a motivação da violência sexual nas prisões constatou que o motivo principal não era a liberação das tensões sexuais, mas a conquista e degradação da vítima. Visava-se, sobretudo, conseguir a afirmação violenta da própria masculinidade, impondo a própria força sobre a debilidade alheia. É impossível pensar na obtenção de efeito ressocializador em um meio carcerário que estimula expressões de violência tão degradantes como as curras penitenciárias. Violador e vítima sofrem desequilíbrios distintos em sua personalidade, que são incompatíveis com os objetivos ressocializadores da pena privativa de liberdade. Para o agredido, particularmente, a violência sexual pode destruir sua personalidade, danificando seriamente sua autoimagem e sua autoestima."

[236] LEAL, 2012, p. 257/258: "A questão sexual, sobre a qual existe uma vasta literatura, é um dos mais graves problemas que afetam o cotidiano das prisões. Apartado de seu ambiente familiar e social, imerso num mundo promíscuo, diferente, cimentado em regras próprias, impostas pelo grupo populacional, o preso tem diferentes opções: poderá reprimir seus impulsos, protagonizar agressões sexuais ou, ainda, voluntariamente ou sob coação, envolver-se em práticas de homossexualidade. [...] Por ocasião de seu ingresso na prisão o jovem, sobretudo o primário, costuma ser assediado por presos que o agridem sexualmente e muitas vezes o transformam, com assentimento dos carcereiros, em mercadoria para o vil comércio carnal. É uma das piores aberrações da clausura. Quando um dos internos decide proteger o noviço não o faz por razões

o recluso incorpora a figura dominante, de abusador sexual, o encarceramento não se torna menos indigno, eis que cristalino se evidencia o rompimento com as normas imperantes na sociedade livre[237]. A questão sexual também gera grande influência nos distúrbios psicológicos e de personalidade, que, outrossim, constituem faceta nefasta da realidade carcerária brasileira[238]. É ululante que as

beneméritas; o intuito é converter-se em seu *padrinho*, o que significa tê-lo como propriedade para uso exclusivo. Sem inclinação homossexual, mas coagido pelas circunstâncias, o preso se submete a seu amo. Entre os que são violados, alguns passam a apreciar as práticas homossexuais; a outros, os *machos provados*, não lhes agradou e por isso as olham com maus olhos. O rufianismo, por sua vez, prospera por iniciativa de presos e agentes prisionais que vendem as mulheres (filhas, irmãs, esposas, companheiras) num submundo que nutre o caldo de cultivo de sórdidas perversões."

[237] BITTENCOURT, 2011, p. 207/208: "Muitas vezes o interno paga um preço muito alto quando é liberado, pois quando procura voltar à atividade sexual normal enfrenta problemas de impotência, ejaculação precoce, complexo de culpa pelas relações homossexuais que manteve na prisão, além de grandes dificuldades para retomar sua vida sexual matrimonial. A abstinência sexual obrigatória na prisão gera grande conflitividade, que tem estreita vinculação com as relações homossexuais. [...] O encarceramento de um dos cônjuges priva um jovem casal do contato mais íntimo que pode desfrutar. Isso justifica o elevado índice de divórcios entre prisioneiros nos primeiros anos de confinamento, superando, inclusive, os observados na população em geral. A ausência ou abandono da esposa, em parte provocados pela supressão das relações sexuais, diminui consideravelmente as possibilidades de o interno obter um ajuste social exitoso ao ser liberado. Clemmer assinalou que a manutenção da família e os motivos de afeto na comunidade são um dos fatores mais importantes para evitar que o homem se envolva em atividades sexuais a que normalmente não aspiraria. Para muitos internos a ruptura do seu lar pode significar profunda amargura e grave impedimento para atingir a ressocialização. A única coisa que poderia ter significado um fator importante de reabilitação, a manutenção dos laços familiares, está desfeita. É extremamente difícil uma pessoa readaptar-se às portas de um lar destruído. As esposas são vítimas implícitas da prisão. Uma pesquisa da década de 60 constatou que as mulheres dos reclusos estavam sujeitas a uma série de problemas psicológicos, dentre os quais o ostracismo, a culpa, a solidão, a ansiedade e a depressão. Concluiu-se, todavia, que o efeito mais grave é de caráter psicossexual, prejudicando seriamente a relação conjugal."

[238] LEAL, 2012, p. 101: "É deplorável a coabitação nessas prisões de reclusos sadios com doentes mentais (alguns ali estão por falta de manicômios judiciais; outros perderam o juízo na clausura). Um retrato tenebroso dessa convivência é pintado por José Raúl Bedoya: No momento de distribuir o lunch, o louco, que posteriormente me inteirei que se chamava Cirilo, se adiantou a receber sua ração. Em seguida sentou-se em um canto para comer, e quando terminou defecou na mesma xícara de alumínio na qual comia; logo agarrou um dos pães que tinha guardados em seus bolsos e o untou de merda como se fosse manteiga e começou a comer, saboreando-o como se aquilo fosse um delicioso manjar. Depois que se fartou, começou a nos oferecer a todos e como houve alguém que o rechaçou bruscamente, levantou a xícara e a pôs na cabeça. A merda escorria no homem por todas as partes... nas horas da noite alguém lia um pedaço de jornal velho e quase desfeito à luz de uma vela, quando surpreendentemente saltou um rato de regular tamanho do buraco. Foi vê-lo Cirilo e o agarrou habilmente. Pôs-se a contemplá-lo e a beijá-lo, lhe dava beijos com a língua, porém em um determinado momento o rato lhe deu uma mordida que lhe fez sair sangue de um lábio. Cirilo se enfureceu e de uma dentada lhe arrancou uma orelha, logo a outra. O rato chiava de forma impressionante e ao se sacudir por causa da dor chapinhava tudo de sangue. O louco ria e continuava despedaçando o rato. Continuou com as patas, a cabeça e as

características pessoais de cada detento contribuem, em maior ou menor monta, de maneira determinante para o surgimento de determinadas patologias[239]. Mas a experiência, em si, do encarceramento e da sujeição à subcultura carcerária, com todas as idiossincrasias que lhe são peculiares, influencia, de imediato o autoconceito do detento [240], o qual, em regra, não se restabelece após a experiência segregativa[241].

Com efeito, a repressão ao crime, dentro dos próprios estabelecimentos carcerários, também se mostra falha, não somente no que se refere aos delitos contra a liberdade sexual, mas em toda a sorte de crimes[242] – o que se estende para fora do cárcere. Em suma, o parco investimento de recursos no incremento de políticas carcerárias e a deficiência do aparelho repressivo – desde a

---

partes do corpo do animal. Tinha que ver a forma como aquele homem o saboreava como se tivesse comendo uma carne muito saborosa".

[239] BITTENCOURT, 2011, p. 202: "Todos os transtornos psicológicos, também chamados reações carcerárias, ocasionados pela prisão são inevitáveis. Se a prisão produz tais perturbações, é paradoxal falar em reabilitação do delinquente em um meio traumático como o cárcere. Essa séria limitação é uma das causas que evidenciam a falência da prisão tradicional.".

[240] BITTENCOURT, 2011, p. 202/204: "Inegavelmente, a reclusão em um centro penitenciário produz um efeito negativo sobre o conceito que a pessoa tem de si mesma, sem ignorar que grande parte dos delinquentes já chega à prisão com crise de identidade e deformação em sua personalidade. [...] Os efeitos negativos que a experiência em prisão produz na autoimagem do recluso podem ser atribuídos a causas múltiplas. Porém, uma das mais importantes é que uma instituição total, como a prisão, produz um sentimento de esterilidade absoluta, cuja origem reside na desconexão social e na impotência habitual para adquirir, dentro da prisão, benefícios que sejam transferíveis à vida que se desenvolve lá fora. Também contribui ao fortalecimento dessa sensação de esterilidade o fato de as instituições totais tenderem a converter os reclusos em simples sujeitos de necessidades, anulando toda a sua iniciativa e submetendo-os à estrita classificação e ordem disciplinar.".

[241] SILVA, 2009, p. 51: "A vida carcerária é uma vida em massa, sobretudo para os presos, o que lhes acarreta, conforme o tempo de duração da pena, uma verdadeira desorganização da personalidade, ingrediente central do processo de prisionalização que, entre outros efeitos, provoca: perda da identidade e aquisição de nova identidade; sentimento de inferioridade; empobrecimento psíquico; infantilização, regressão. Do empobrecimento psíquico resulta, entre outras coisas: estreitamento do horizonte psicológico, pobreza de experiências, dificuldades de elaboração de planos a médio e longo prazos. Da infantilização e regressão manifestam-se, entre outras coisas: dependência, busca de proteção (religião); busca de soluções fáceis; projeção de culpa no outro e dificuldade de elaboração de planos. As sequelas da prisionalização são tão profundas que impedem o indivíduo de readaptar-se à sociedade. E esta sociedade, preconceituosa e discriminatória, explica Odete Maria de Oliveira, 'dificulta-lhe os meios de sobreviver social, moral e financeiramente, tornando-o um homem marcado' e que 'viverá para sempre sob o estigma da marginalização'.".

[242] O já referido relatório do CNMP, designado "A Visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional Brasileiro", consignou ter havido apreensão de drogas em 654 estabelecimentos prisionais (40% do total visitado).

investigação até a falta de treinamento do pessoal técnico encarregado da custódia dos segregados – conduzem à superlotação dos estabelecimentos prisionais, fomentando, dentre outros, o ócio, a violência, as psicopatias e o crime organizado[243]. Tais circunstâncias compõem a conjectura que, permeando o paradigma prisional brasileiro, impossibilita o caráter ressocializador instituído pelo art. 59 do Código Penal. Além disso, a própria ideia de retribuição ultrapassa, em grande escala, a medida de proporcionalidade, eis que os castigos infligidos sobrepujam aqueles decorrentes da própria privação da liberdade.

Com efeito, constata-se verdadeira dissociação entre as prescrições constantes do ordenamento jurídico e o mundo empírico, num fenômeno de completa ruptura entre o direito posto e a prática real, transformando-se as normas constitucionais e infraconstitucionais relativas ao encarceramento digno em uma verdadeira folha de papel (LASSALE, 2008, p. 23). O abismo entre estas duas realidades, a abstratamente prevista na norma e a efetivamente verificada empiricamente, fomenta a ideologia, transmitida à opinião geral da sociedade livre na expectativa institucionalizada de que a investigação e a execução penal, de fato, ultrapassem os estritos limites da condenação.

A responsabilidade social, que deveria servir de maneira principiológica, no sentido de limitar os excessos estatais[244], incentiva a exacerbação do castigo, como se o cárcere pudesse ser considerado uma situação de *estado natural*, assim como definido no voto do juiz J. Foster – em “O caso dos exploradores de

---

[243] BITTENCOURT, 2011, p. 230/231: “Na maior parte dos sistemas penitenciários podem ser encontradas as seguintes deficiências: 1ª) Falta de orçamento. [...] 2ª) Pessoal técnico despreparado. [...] 3ª) Nas prisões predomina a ociosidade e não há um programa de tratamento que permita pensar na possibilidade de o interno ser efetivamente ressocializado. A superpopulação das prisões, a alimentação deficiente, o mau estado das instalações, pessoal técnico despreparado, falta de orçamento, todos esses fatores convertem a prisão em um castigo desumano. A maior parte das rebeliões que ocorrem nas prisões é causada pelas deploráveis condições materiais em que a vida carcerária se desenvolve. Essa foi a causa principal que desencadeou os motins carcerários na França (1972-1974), na Itália (1972) e o ‘massacre do Carandiru’ em São Paulo (1992). [...] Os motins penitenciários são a prova mais evidente da crise que a pena privativa de liberdade enfrenta.”.

[244] STRECK, 2012, p. 76: “ao contrário do que tem sido dito principalmente pelas teorias da argumentação jurídica, para nós, as regras é que são abertas, enquanto os princípios fecham a interpretação.”.

cavernas"[245] –, uma espécie de local recôndito, alheio às disposições legais imperantes na sociedade livre. Assim, distante do centro de debates do grande público, obnubilado pela ideologia[246], a discussão sobre o encarceramento digno fica em segundo plano, como se não existisse ou, pior, como uma realidade jurídico-social alternativa, perfeitamente tolerada pelo senso comum. A verdade, portanto, é que o sistema prisional brasileiro somente reproduz, de maneira amplificada e hiperbólica, a realidade social discriminatória, decorrente do sistema

[245] FULLER, 1973, p. 13/15: "Se os trágicos acontecimentos deste caso tivessem tido lugar a uma milha dos nossos limites territoriais, ninguém pretenderia que nossa lei lhes fosse aplicada. Reconhecemos que a jurisdição tem base territorial. As razões desse princípio não são de nenhum modo óbvias e raramente são examinadas. Penso que esse princípio baseia-se na suposição de que só é possível impor-se uma única ordem jurídica a um grupo de homens se eles vivem juntos dentro dos limites de uma dada área da superfície da terra. A premissa segundo a qual os homens devem coexistir em grupo encontra-se, portanto, à base do princípio territorial, bem como de todo o direito. Pois bem, eu sustento que um caso pode ser subtraído da esfera de abrangência coercitiva de uma ordem jurídica tanto por razões de ordem moral quanto por razões de ordem geográfica. Atentando aos propósitos do direito e do governo e às premissas subjacentes a nosso direito positivo, concluímos que estes homens, quando tomaram sua trágica decisão, estavam tão distantes de nossa ordem jurídica como se estivessem a mil milhas além de nossas fronteiras. Mesmo em um sentido físico, sua prisão subterrânea estava separada dos nossos tribunais e dos nossos oficiais de justiça por uma sólida cortina de rocha que só pôde ser removida depois dos maiores dispêndios de tempo e de esforço. Concluo, portanto, que no momento em que Roger Whetmore foi morto pelos réus, eles se encontravam não em um 'estado de sociedade civil', mas em um 'estado natural', como se diria na singular linguagem dos autores do século XIX. A consequência disto é que a lei que lhes é aplicável não é a nossa, tal como foi sancionada e estabelecida, mas aquela apropriada à sua condição. Não hesito em dizer que segundo este princípio eles não são culpados de qualquer crime.".

[246] SILVA, 2009, p. 36/37: "É fato, porém, que o propósito ressocializador da prisão funciona como uma espécie de entorpecente, não apenas para os agentes do sistema punitivo (autoridades penitenciárias, promotores de justiça, advogados, juízes), mas também para toda a sociedade, servindo como justificativa razoável para a crueldade da prisão e legitimando no inconsciente coletivo o castigo imposto a nossos semelhantes que, porventura, praticaram alguma infração penal. a ideia de ressocialização nos convence que punimos não para castigar, mas para recuperar homens e mulheres. E todos nós vamos dormir sossegados, com as consciências tranquilas. Afinal, adotamos a prisão como instrumento de recuperação de pessoas; se isto não acontece ou, pior, se a prisão degenera, o problema não é conosco, mas do sistema penitenciário, que não funciona a contento. O subterfúgio que caracteriza o processo ressocializador converte a prisão, de instrumento duro e extremamente severo, em algo bom, sublime até; ou leva, como denuncia Odete Maria de Oliveira, à teorização discursiva do sistema: 'O decantado processo de recuperação resulta apenas na absurda teorização discursiva do sistema, pois, na prática, nada alcança além da formação de estereótipos e do fomento da reincidência de forma profissional e aperfeiçoada, devido ao clima negativo, anti-natural, corrupto e desumano que predomina nas prisões, sob agressivas e assustadoras formas. Despersonaliza os presos, gera uma criminalidade violentamente assustadora, que desaponta, vulnera e enfrenta com sucesso qualquer aparelho policial e judicial. Enquanto isso, nossa legislação penal permanece estacionada e à distância dos tempos atuais.".

organizacional que impera hodiernamente[247]. Assim, o que exsurge como evidente é o fato de que a legislação se torna discriminatória na sua aplicação, de maneira que o paradigma prisional brasileiro se mostra um reflexo da dicotomia entre empirismo e abstracionismo, reforçado pelas práticas sociais e pela ideologia[248].

5 A responsabilidade social: a hora do mea culpa

Como bem definido por Mario Vargas Llosa, a frivolidade[249] impera no seio social e as questões de grande relevância devem ser obnubiladas pelo hedonismo dionisíaco (NIETZSCHE, 2005, passim) e pela fuga da realidade, esta que a todo custo deve ser evitada pela civilização do espetáculo[250]. As drogas, ao contrário

---

[247] SILVA, 2009, p. 39: "O propósito ressocializador parte também da ideia de um criminoso estereotipado, quase lombrosiano. A ressocialização reconhece abertamente a prisão como instrumento destinado a analfabetos e excluídos, pessoas que vivem à margem da sociedade e que praticam a criminalidade convencional e mais perceptível, relacionada ao patrimônio, à vida, à liberdade sexual, e que, por isso, carecem de reeducação. De tal sorte, aquele que não observou as regras do contrato social aprenderá a conviver em sociedade, após devidamente recuperado e reeducado pela prisão. A prisão irá ressocializá-lo. Nítido, pois, o aspecto antidemocrático desse sistema, reflexo de uma 'ideologia velada para colocar os componentes da elite longe da vala comum dos criminosos', ao esquecer-se propositadamente de que nem todo crime tem relação com a condição socioeconômica do sujeito.".

[248] FAVORETTO, 2012, Pág. 45: "Por todo o exposto, fica evidente que grande parcela dos problemas existentes em sede de execução penal não será solucionada a partir da elaboração de novas leis, mas com o próprio cumprimento das disposições já existentes, uma vez que a proteção ao ser humano é consagrada tanto em sede constitucional quanto pela Lei de Execução Penal.".

[249] LLOSA, 2013, p. 44/45: "Entre parêntesis, talvez convenha explicar com mais precisão o que entendo por frivolidade. Os dicionários chamam de frívolo o leviano, volúvel e superficial, mas nossa época atribuiu uma conotação mais complexa a essa maneira de ser. Frivolidade consiste em ter uma tabela de valores invertida ou desequilibrada, em que a forma importa mais que o conteúdo, e a aparência, mais que a essência, em que o gesto e o descaramento – a representação – ocupam o lugar de sentimentos e ideias. Num romance medieval que admiro, *Tirante o branco*, a esposa de Guy de Warwick dá uma bofetada no filho, um menininho recém-nascido, para fazê-lo chorar pela partida do pai para Jerusalém. Nós, leitores, rimos, achando engraçado esse disparate, como se as lágrimas arrancadas à pobre criatura pela bofetada pudessem ser confundidas com o sentimento de tristeza. Mas nem a dama nem os personagens que contemplam a cena riem, porque para eles pranto – forma pura – é tristeza. E não há outra maneira de estar triste senão chorando – 'derramando vivas lágrimas', diz o romance –, pois neste mundo é a forma que conta, e a serviço dela estão os conteúdos dos atos. Isso é frivolidade, maneira de entender o mundo, a vida, segundo a qual tudo é aparência, ou seja, um teatro, ou seja, brincadeira e diversão.".

[250] LLOSA, 2013, p. 29/30: "O que quer dizer civilização do espetáculo? É a civilização de um mundo onde o primeiro lugar na tabela de valores vigente é ocupado pelo entretenimento, onde divertir-se, escapar do tédio, é a paixão universal. Esse ideal de vida é perfeitamente legítimo, sem dúvida. Só um puritano fanático poderia reprovar os membros de uma sociedade que quisessem dar descontração, relaxamento, humor e diversão a vidas geralmente enquadradas em rotinas

de outrora, quando figuravam afirmações de oposição ao *status quo* (luta contra o autoritarismo), passaram a ser meros instrumentos de abstração e dormência[251]. A simplificação da cultura, incluindo-se a da literatura jurídica[252], transmudou a realidade, tornando aparentemente acessíveis ideias que outrora estavam

deprimentes e às vezes imbecilizantes. Mas transformar em valor supremo essa propensão natural a divertir-se tem consequências inesperadas: banalização da cultura, generalização da frivolidade e, no campo da informação, a proliferação do jornalismo irresponsável da bisbilhotice e do escândalo.".

[251] LLOSA, 2013, p. 36/37: "Na atualidade, a generalização do uso de drogas não é nada semelhante, não corresponde à exploração de novas sensações ou visões, empreendida com propósitos artísticos ou científicos. Também não é manifestação de rebeldia às normas estabelecidas, por parte de inconformistas empenhados em adotar formas alternativas de existência. Em nossos dias o consumo maciço de maconha, cocaína, ecstasy, crack, heroína etc. corresponde a um ambiente cultural que impele homens e mulheres a buscar prazeres fáceis e rápidos que os imunizem contra a preocupação e a responsabilidade, em lugar do encontro consigo mesmo através da reflexão e da introspecção, atividades eminentemente intelectuais que parecem enfadonhas à cultura volúvel e lúdica. Querer fugir ao vazio e à angústia provocada pelo sentimento de ser livre e de ter a obrigação de tomar decisões, como o que fazer de si mesmo e do mundo ao redor – sobretudo se este estiver enfrentando desafios e dramas –, é o que suscita essa necessidade de distração, motor da civilização em que vivemos. Para milhões de pessoas hoje as drogas, assim como as religiões e a alta cultura ontem, servem para aplacar as dúvidas e as perplexidades sobre a condição humana, a vida, a morte, o além, o sentido ou a falta de sentido da existência. Na exaltação, na euforia ou no sossego artificiais que produzem, elas conferem a momentânea segurança de sentir-se a salvo, redimido e feliz. Trata-se de uma ficção, não benigna, mas maligna nesse caso, que isola o indivíduo e que só na aparência o livra de problemas, responsabilidades e angústias. Porque no final tudo isso voltará a dominá-lo, exigindo doses cada vez maiores de aturdimento e superexcitação, que aprofundarão seu vazio espiritual.".

[252] STRECK, 2013, p. 81/83: "o direito vem sendo cada vez mais banalizado e tratado de forma simplificada por setores da dogmática jurídica, que, nestes tempos de tecnologias pós-modernas, aparece revigorada, tecnificada. A dogmática jurídica, entendida como senso comum teórico (um saber não crítico-reflexivo), vem sofrendo novos influxos decorrentes da massificação do direito. Nessa linha, vem crescendo em importância os setores ligados aos cursinhos de preparação para concursos. É o que se pode denominar de 'neopentecostalismo jurídico', em que juristas, à semelhança de alguns pastores/pregadores que podem ser vistos em congressos, *sites* e até mesmo na televisão, fazem apologia da estandartização/simplificação do direito. Essa cultura *standard* vem acompanhada da indústria que mais cresce: a dos compêndios, resumos e manuais, muito deles já vendidos em supermercados e outras casas do ramo. Aparecem obras de todo tipo, com 'verdadeiros' 'pronto-socorros jurídicos' (SOS do direito), ao lado de livros que buscam simplificar os mais importantes ramos do direito. Tenho receio que, em seguida, surjam livros denominados, por exemplo, de 'direito penal (já) mastigado', inclusive com o charme dos parênteses...! De todo modo, para um país em que o programa Fantástico da Rede Globo tentou 'ensinar' a filosofia heraclítica (do filósofo grego Heráclito!) a bordo de um caminhão em movimento no Triângulo Mineiro, e o mundo das ideias de Platão no interior de uma caverna em Tubarão/SC, nada mais pode causar surpresa [...]. Que tempos vive(ncia)mos... A maior parte da produção doutrinária, com aspas e sem aspas, coloca-se como caudatária das decisões tribunalícias. Parcela considerável dos livros apenas reproduz o que o judiciário diz sobre a lei.".

circunscritas aos círculos elitistas[253]: a partir de então, todos passaram a ser cultos[254] e especialistas em toda sorte de assuntos.

O problema é que o exercício mental demandado pela reflexão não pode ser substituído pela acrítica exposição às imagens televisivas e cinematográficas ou aos 140 caracteres, inexoravelmente permeados por incorreções gramaticais e/ou ausência de reflexão sobre o seu conteúdo, tão avidamente lidos por milhões de pessoas todos os dias. Não se aprende a pensar por osmose, mas por esforço próprio. E a intolerância ao "pensar por si mesmo" – já denunciada por Schopenhauer há mais de dois séculos – constitui a característica definidora da sociedade do espetáculo, cujo ideal consumista sobrepõe o desejo da aquisição ao pensamento crítico: pensar é condenável – que explica a atual repulsa aos intelectuais, relegados aos mais recônditos destinos, longe dos temas centrais da civilização[255] –, eis que preferível é que o gado siga obediente pela trilha do

---

[253] LLOSA, 2013, p. 30/31: "Outro fato, não menos importante, para que essa realidade fosse forjada foi a democratização da cultura. Trata-se de um fenômeno nascido de intenções altruístas: a cultura não podia continuar sendo patrimônio de uma elite; uma sociedade liberal e democrática tinha a obrigação moral de pôr a cultura ao alcance de todos, por meio da educação, mas também da promoção e da subvenção das artes, das letras e das demais manifestações culturais. Essa louvável filosofia teve o indesejado efeito de trivializar e mediocrizar a vida cultural, em que certa facilitação formal e superficialidade de conteúdo dos produtos culturais se justificavam em razão do propósito cívico de chegar à maioria. A quantidade em detrimento da qualidade. Esse critério, propenso às piores demagogias no âmbito político, provocou no âmbito cultural reverberações imprevistas, como o desaparecimento da alta cultura, obrigatoriamente minoritária em virtude da complexidade a às vezes do hermetismo de suas chaves e seus códigos, e a massificação da própria ideia de cultura. Esta passou a ter exclusivamente a acepção adotada no discurso antropológico. Ou seja, cultura são todas as manifestações da vida em comunidade: língua, crenças, usos e costumes, indumentária, técnicas e, em suma, tudo que nela se pratica, evita, respeita e abomina. Quando a ideia de cultura passa a ser um amálgama semelhante, é inevitável que ela possa chegar a ser entendida, apenas, como uma maneira agradável de passar o tempo. É óbvio que a cultura pode ser isso também, mas, se acabar sendo só isso, se desnaturará e depreciará: tudo o que faz parte dela se equipara e uniformiza ao extremo, de tal modo que uma ópera de Verdi, a filosofia de Kant, um show dos Rolling Stones e uma apresentação do Cirque du Soleil se equivalem. ".

[254] LLOSA, 2013, p. 32: "A literatura *light*, assim como o cinema *light* e a arte *light*, dá ao leitor e ao espectador a cômoda impressão de que é culto, revolucionário, moderno, de que está na vanguarda, com um mínimo esforço intelectual. Desse modo, essa cultura que se pretende avançada, de ruptura, na verdade propaga o conformismo através de suas piores manifestações: a complacência e a autossatisfação.".

[255] LLOSA, 2013, p. 39/41: "Porque um fato singular da sociedade contemporânea é o eclipse de um personagem que há séculos e até há relativamente poucos anos desempenhava papel importante na vida das nações: o intelectual. [...] na verdade, a real razão para a perda total do interesse do conjunto da sociedade pelos intelectuais é consequência direta do ínfimo valor que o

abatedouro. A moda, a cultura, o cinema, o entretenimento e outros elementos constantes da vida cotidiana são progressivamente transformados em ferramentas ideológicas, empregadas para assegurar que, antes do pensamento próprio, a opinião geral já esteja digerível, acessível e convenientemente formada: subserviência aos comandos, mais ou menos sutis, determinados pelo consumo.

E enquanto a massa alienada alterna previsivelmente entre seus medíocres sonhos de consumo, desejando confortavelmente os produtos de determinado modismo, renuncia ao direito de avocar para si a responsabilidade pelo seu próprio destino[256]: a autofagia social, assentada no baluarte da ideologia de exclusão[257], submissa à falaciosa "opinião geral", que atenta contra os próprios

---

pensamento tem na civilização do espetáculo. Porque outra característica dela é o empobrecimento das ideias como força motriz da vida cultural. Hoje vivemos a primazia das imagens sobre as ideias. Por isso os meios audiovisuais, cinema televisão e agora a internet, foram deixando os livros para trás, que, a se confirmarem as previsões pessimistas de George Steiner, dentro de não muito tempo estarão mortos e enterrados.".

[256] LLOSA, 2013, p. 20/21 e 24/25: "A aquisição obsessiva de produtos manufaturados, que mantenham ativa e crescente a fabricação de mercadorias, produz o fenômeno da 'reificação' ou 'coisificação' do indivíduo, entregue ao consumo sistemático de objetos, muitas vezes inúteis ou supérfluos, que as modas e a publicidade lhe vão impondo, esvaziando sua vida interior de preocupações sociais, espirituais ou simplesmente humanas, isolando-o e destruindo a consciência que ele tenha dos outros, de sua classe e de si mesmo; como consequência, por exemplo, o proletário 'desproletarizado' pela alienação deixa de ser um perigo – e até um antagonista – para a classe dominante. [...] a publicidade e as modas que lançam e impõem produtos culturais em nossos tempos são um sério obstáculo à criação de indivíduos independentes, capazes de julgar por si mesmos o que apreciam, admiram, acham agradável e enganoso ou horripilante em tais produtos. A cultura-mundo, em vez de promover o indivíduo, imbeciliza-o, privando-o de lucidez e livre-arbítrio, fazendo-o reagir à 'cultura' dominante de maneira condicionada e gregária, como os cães de Pavlov à campainha que anuncia a comida.".

[257] BELLI, 2004, p. 121/122: "de acordo com Arendt, o que impediu algumas pessoas que viveram sob o regime nazista de aderir aos massacres e outras atrocidades não foi um melhor sistema de valores. Para Arendt, algumas pessoas não estavam dispostas a conviver com um assassino dentro de si. Em outras palavras, os que se recusaram a participar do Holocausto decidiram assim porque mantiveram a capacidade de pensar e julgar, que depende do diálogo silencioso do eu comigo mesmo, que desde Sócrates tem sido chamado de pensamento. Os que cometeram crimes, por outro lado, haviam perdido a capacidade de pensar e julgar. Essa mesma incapacidade Arendt constatou em Adolf Eichmann, que, apesar de ter sido responsável por inúmeras mortes durante o nazismo, considerava-se apenas um fiel cumpridor da lei e de seus deveres enquanto funcionário. Não se pode dizer, é claro, que um policial que mata e tortura se considere fiel cumpridor da lei. Mas a burocracia socializa seus agentes de maneira análoga a qualquer burocracia moderna. [...] Os maus policiais brasileiros não se consideram fiéis cumpridores da lei, mas agentes de uma certa justiça, que é sumária e arbitrária. A cultura da guerra contra o crime justifica quaisquer meios em nome do fim a ser atingido: a depuração da sociedade. A ausência de pensamento não permite que se veja os criminosos, os suspeitos e os acusados como sujeitos de direito. Entram todos na categoria de bandidos a serem eliminados. Os atos de tortura e as execuções são explicados por intermédio de chavões, tais como a suposta necessidade de usar a

pilares que compõem o eixo democrático. Assim o gado segue, hodiernamente obedecendo muito mais ao som do berrante do que ao toque do relho, eis que a incorporação da ideologia torna paulatinamente desnecessária a presença dos vaqueiros; pois é o próprio gado quem se volta contra os poucos dissidentes que ainda insistem em não seguir o rebanho rumo à aniquilação.

E o que se mostra mais curioso é a completa ignorância ou desleal negação de que as diferenças sempre foram as forças motrizes das maiores mudanças sociais: são os pensamentos dissonantes que geram interesse, ao contrário do nivelamento rasteiro e uniforme promovido pela cultura de massa. Paradoxal, no mesmo sentido, o fato de a intolerância, a tipologia da exclusão e a discriminação serem fatores sintomáticos da completa irredutibilidade das diferenças, enquanto a sociedade de consumo se considera homogênea, desde que igualmente nivelada, no que se refere ao acesso aos bens de consumo. Seguindo nessa toada, a lei, outrora considerada como materialização de conquistas, caiu em descrédito e não mais é tomada como algo a ser efetivado, mas como algo a ser evitado: tanto pelos dominados quanto pelos dominantes – e, principalmente no caso destes, o exercício de sua dominação se torna menos trabalhoso.

Referências bibliográficas

BELLI, Benoni. *Tolerância zero e democracia no Brasil*: visões da segurança pública na década de 90. São Paulo: Perspectiva, 2004.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *A falência da pena de prisão*: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Banco Nacional de Mandados de Prisão. <http://www.cnj.jus.br/bnmp/>. Acesso em 03/11/2013.

---

força para evitar o mal maior e extirpar o câncer do crime que ameaça a sociedade; a tortura seria o único meio de fazer um bandido falar e pagar pelo crime; as execuções limpam a sociedade de uma escória irrecuperável etc. Ou seja, reproduz-se um discurso, assim como uma cultura, da violência ilegal, que é aceita irrefletidamente em vários escalões do aparelho policial, por operadores do direito (tais como juízes e promotores) e por parcela importante da população.”.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Sistema%20Prisional_web_final.PDF>. Acesso em 03/11/2013.

CARBONELL, Miguel. *El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis*. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. *El canon neoconstitucional*. Madrid: Editorial Trotta, UNAM, 2010.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia?* 34. ed. São Paulo: Brasiliense, 1991.

DURKHEIM, Emile. *Las reglas del método sociológico*. Madird: Akal, 1985.

FARIAS, Paulo José Leite. *Ordem urbanística, tolerância zero e a criminalidade urbana*. In: Revista de informação legislativa. n. 168. Ano. 42. Out/dez. Brasília, 2005.

FAVORETTO, Affonso Celso. *Princípios constitucionais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FULLER, Lon L. *O caso dos exploradores de cavernas*. Trad. Plauto Faraco de Azevedo. Porto Alegre: Fabris, 1976.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário brasileiro de segurança pública*. Ano 7. 2013. Disponível em: <http://www2.forumseguranca.org.br/novo/produtos/anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/7a-edicao> Acesso em 24/11/2013

GLENDON, Mary Ann. *Rights talk*: the impoverishment of political discourse. New York: Free Press, 1991.

HESSE, Konrad. *A força normative da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KENNEDY, Duncan. *A critique of adjudication*. Boston: Harvard Press, 1998.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Trad. Aurélio Wander Bastos. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LEAL, César Barros. *Execução penal da América Latina à luz dos direitos humanos*: viagem pelos caminhos da dor. Curitiba: Juruá, 2012.

LLOSA, Mario Vargas. *A civilização do espetáculo*: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. Trad. Ivone Benedetti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. Trad. Rubens Enderle, Nélio Schneider, Luciano Cavini Martorano. São Paulo: Boitempo, 2007.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A visão dionisíaca do mundo e outros textos de juventude*. Trad. Marcos Sinésio Pereira Fernandes; Maria Cristina dos Santos de Souza; Marco Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SCHOPENHAUER, Arthur. *Como vencer um debate sem precisar ter razão*: em 38 estratagemas (dialética erística). Trad. Daniela Caldas e Olavo de Carvalho. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.

SILVA, Haroldo Caetano da. *Ensaio sobre a pena de prisão*. Curitiba: Juruá, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. *O que é isto – as garantias processuais penais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil volume I*: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 50. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE ACESSO À INTERNET: DIREITO COMPARADO E PERSPECTIVAS DE REGULAMENTAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Hugo Moreira Lima Sauaia[258]

INTRODUÇÃO

O presente artigo se propõe a de forma breve discutir o problema da responsabilidade civil dos provedores de acesso à rede mundial de computadores no Brasil.

Inicia-se a análise com a abordagem de noções fundamentais sobre o funcionamento da internet, para em seguida tecer-se considerações igualmente propedêuticas sobre a responsabilidade civil e seus conceitos fundamentais.

Em seguida, prossegue-se com o estudo da responsabilidade civil estadunidense, mostrando o modelo daquele país, com a maior tradição no mundo de regulamentação do assunto – daí a importância do exame -, e explicitando-se a existência de dois diplomas legais, os quais regem de um lado a proteção aos indivíduos, relativa esta à honra, dados e imagem, e de outro lado, a lei que rege a proteção aos direitos autorais.

Prossegue-se com sucinta análise do regime de responsabilidade na União Européia, mormente quanto à existência de diretiva comum e de legislações particulares de cada um dos países membros.

Ao final discute-se a problemática da responsabilidade civil no Brasil diante da ausência de regulamentação, expondo-se alguns precedentes do Superior

---

[258] Advogado em São Luís – MA e Brasília - DF, aluno especial do Mestrado Acadêmico em Constituição e Sociedade do Instituto Brasiliense de Direito Público. Membro dos grupos de pesquisa e estudos Democracia, Direitos Fundamentais e Cidadania (IDP).

Tribunal de Justiça, de vital importância para a compreensão do estágio do diálogo entre doutrina e jurisprudência no Brasil.

2. NOÇÕES FUNDAMENTAIS

Em pleno período de guerra fria (1969), a Agência de Projetos Avançados (Arpa) do Departamento de Defesa Norte Americano confia à *Rand Corporation* a elaboração de sistema de telecomunicações que garantisse que um ataque nuclear não interrompesse a corrente de comando dos Estados Unidos.[259]

Projetou-se à época a criação de pequenas redes locais denominadas de LANS, posicionadas em pontos estratégicos do país e conectadas por meio de redes maiores, regionais, denominadas de WANS.

Na eventualidade de um ataque, essa rede de redes conexas (Internet, isto é, Inter Networking, ou coligação entre redes) garantiria a comunicação entre as remanescentes cidades coligadas.

Em 1973, Vinton Cerf, professor do Departamento de Pesquisa Avançada da Universidade da Califórnia provoca um salto tecnológico ao desenvolver o protocolo TCP/IP, também denominado de *Transmission Control Protocol/Internet Protocol*, ou seja, conjunto de protocolos de relacionamento entre redes que permite a comunicação entre elas, ainda que façam uso de tecnologias e sistemas diferentes. [260]

A internet passa a ser assim composta, por servidores, que são locais de armazenamento de informações, todos interconectados; endereço IP, ou *internet protocol address*, números ou nome que identificam todos os dispositivos ligados à Internet, e *internet service providers* ou provedores de acesso à Internet, empresas ou organizações que detêm direto acesso à rede e fornecem este acesso a usuários (clients), assim como outros serviços relacionados, como o

[259] MINARDI PAESANI, Liliana. Direito e Internet: Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil, São Paulo: Editora Atlas, 2013.
[260] Op. Cit.

armazenamento de informações, caixa de correio eletrônico, acesso a redes sociais, etc..

Abaixo um pequeno gráfico que tenta reproduzir o formato de conexão da rede mundial de computadores:
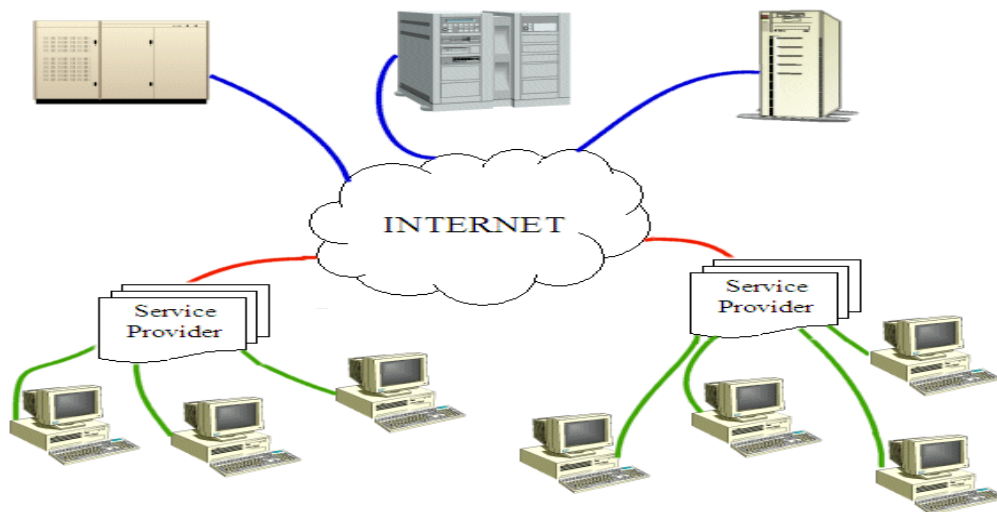
Gráfico 01.[261]

3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é o instituto, previsto no Código Civil, que integra o Direito das Obrigações, e tenta solucionar o fenômeno social de quem pratica um ato, ou incorre numa omissão de que resulte dano a outrem.

Sendo regra elementar de equilíbrio social, está prevista no art.927 do Código Civil:

> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
> Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.[262]

[261] Gráfico meramente ilustrativo
[262] Código Civil Brasileiro. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 dez. 2013.

Há a previsão assim, de duas modalidades distintas, dependentes de pressupostos diversos. Na modalidade subjetiva ou aquiliana, busca-se identificar, para a configuração da responsabilidade, a conduta ilícita, consubstanciada por ação ou omissão voluntária humana, assim como o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, elemento final, o qual tradicionalmente poderá ser material ou moral.[263]

Nesta modalidade de responsabilidade civil há a dependência da existência de culpa, a qual, por sua vez, corresponde a conduta humana dolosa ou culposa (negligência, imprudência ou imperícia).

A partir da percepção de que haveria uma insuficiência deste modelo, diante da dificuldade do sujeito lesado demonstrar a culpa do responsável pela ação ou omissão em muitas circunstâncias, fora cunhada a Teoria do Risco, por meio da qual se compreende que o responsável pelo risco da atividade normalmente exercida deverá arcar com os prejuízos oriundos da mesma:

> Todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou independente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de nexo de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa[264]

Desta forma, o sujeito que explora a atividade, como na relação de consumo, passa a ser responsável pelo risco da mesma, não dependendo a comprovação de sua responsabilidade civil da prova de culpa, mas somente da conduta, do dano e do nexo de causalidade, tratando-se de responsabilidade objetiva, a qual, todavia, depende de expressa disposição legal.

---

[263] STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 6ª Edição, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004.

[264] CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil, São Paulo: Editora Atlas, 2008.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE INTERNET NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Importância da referência à responsabilidade civil nos Estados Unidos da América ocorre por ser o primeiro lugar no mundo onde a internet começou a ser usada em grande escala, e onde se encontram mais fartas doutrina e jurisprudência sobre o assunto.

Naquele país há um sistema vertical de legislação sobre o tema da responsabilidade civil dos provedores, baseado em dois diplomas legais federais distintos e em precedentes judiciais, segundo o modelo da Common Law, da obrigatoriedade dos precedentes.[265]

O Communication Decency Act ou CDA é a lei que regulamenta a proteção da honra dos indivíduos, e a proibição da divulgação de obscenidades na rede, em especial a pornografia infantil.

Referido diploma legal distingue pelo menos três condutas, a do editor primário da informação ofensiva, o mero canal de difusão da informação e o distribuidor da informação, tendo por regra geral a isenção da responsabilidade civil dos provedores de internet, com fundamento na proibição constitucional de arrefecimento da liberdade de expressão na rede mundial de computadores (*chilling effect*).

Tal interpretação surgiu a partir de julgamento da Suprema Corte daquele país, ao decidir sobre a inconstitucionalidade de parcela da lei que objetivava impor exigências de utilização e divulgação de dados na rede, com o monitoramente de informações, na tentativa de coibir-se a pornografia infantil na rede.

O resultado prático foi deixar as vítimas de difamação na internet sem detentores de recursos financeiros (*deep pockets*) para solver eventual

---

[265] BINICHESKI, Paulo Roberto. Responsabilidade Civil dos Provedores de Internet: Direito Comparado e Perspectivas de Regulamentação no Direito Brasileiro, Curitiba: Juruá, 2011.

condenação judicial pelos danos causados. Assim, o difamado já não pode processar o intermediário que republicou uma comunicação difamatória, mas, ao contrário, deve ir à fonte originária.

> Em *Blumenthal v. Drudge and AOL,* afirmou a Corte Constitucional[266]:
>
> Mas o Congresso fez uma **escolha política** diferente provendo **imunidade inclusive onde o provedor de serviço interativo tem um papel ativo, até mesmo agressivo fazendo disponível o conteúdo preparado por outros.** O Congresso conferiu imunidade de responsabilidade de delito como um **incentivo para os serviços de provedores de internet com algum tipo de arranjo tácito *quid pro quo***, em auto policiar a internet por obscenidades e outros materiais ofensivos, mesmo onde a própria iniciativa seja malsucedida ou nem mesmo tentada.

A abrangência da isenção de responsabilidade passou a alcançar assim diversas categorias de meros reprodutores de informações, sendo eles contratantes independentes, moderadores de *website*, mantenedores de *blogs*, sites de leilões virtuais, fornecedores de acesso à internet a terceiros, etc..

Por sua vez, a segunda lei, o Digital Milennium Copyright Act tem a função de proteger os direitos autorais. Anteriormente à entrada em vigor da lei, alguns precedentes judiciais estabeleciam a possibilidade de responsabilizar-se o provedor de acesso à internet pela divulgação em seu meio de informações violadores de copyright.

A responsabilidade seria proveniente da contribuição indireta do provedor (*contributory liability*), em circunstâncias onde se podia acreditar que ele tinha conhecimento do ilícito perpetrado, e, porém, se mantinha passivo à lesão aos direitos autorais.

A lei estabelece isenção de responsabilidade a 4 (quatro) condutas praticadas pelo ISP, sendo elas primeiramente o armazenamento transitório de

---

[266] BINICHESKI, Paulo Roberto. Responsabilidade Civil dos Provedores de Internet: Direito Comparado e Perspectivas de Regulamentação no Direito Brasileiro, Curitiba: Juruá, 2011.

material (*mere conduit*), atividade automática, sem interferência e conhecimento do conteúdo pelo servidor.

Em seguida isenta a atividade de *system caching*, que consiste no armazenamento temporário de cópias de sites frequentemente solicitados por seus usuários, visando a melhoria da velocidade da conexão, desde que não haja sido comunicado da manutenção de material ilícito, e a atividade seja realizada automaticamente.

O *hosting* também passa expressamente a não ser responsabilizável, consistindo na utilização de seu servidor para o armazenamento do conteúdo de sites acessíveis a terceiros, desde que atendidos requisitos de desconhecimento da ilicitude, inexistência de exploração econômica direta do conteúdo desses sites e resposta imediata à notificação realizada por sujeito que alegue violação a direitos autorais;

Por último isenta a lei de qualquer responsabilidade a atividade de ferramenta de buscas, quando o servidor presta o serviço de busca de sites na internet, desde que atendidos os mesmos requisitos de ausência de exploração econômica direta do site, e imediata resposta às notificações por possível violação a direitos autorais.

Dois precedentes famosos, que podem ser citados, são RIAA vs. Napster e MGM vs. Grokster, sendo que no primeiro a empresa foi acusada de permitir diretamente e contribuir para a reprodução e distribuição de música ilegal, resultando na proibição do Napster de permitir o acesso a músicas protegidas por copyright.[267]

No segundo julgamento a empresa foi acusada de permitir a troca de músicas e arquivos protegidos por direitos autorais por intermédio de redes Peer-to-Peer (usuário a usuário). A Suprema Corte aplicou a técnica do *distinguishing*

---

[267] BINICHESKI, Paulo Roberto. Responsabilidade Civil dos Provedores de Internet: Direito Comparado e Perspectivas de Regulamentação no Direito Brasileiro, Curitiba: Juruá, 2011.

em relação ao caso Napster, porém, entendeu haver responsabilidade pela indução à prática do ato ilícito. [268]

6 A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE ACESSO À INTERNET NA UNIÃO EUROPÉIA

Preferiu-se na Comunidade Européia a regulamentação horizontal do fenômeno da internet, pelo intermédio de um único ordenamento que abrange a responsabilidade civil e criminal.

A Diretiva do Comércio Eletrônico imuniza aquelas condutas onde o provedor seja mero intermediário técnico, nos moldes do modelo norte-americano, e assimila em sua essência o Digital Millennium Copyright Act.[269]

A legislação exige a conduta ativa dos provedores em caso de denúncia de violação de direitos de copyright, e cria, também, os *safe harbours* (atividades como *caching* e ferramenta de busca, onde há isenção de responsabilidade nos limites da ciência da ilicitude).

Importante ressaltar, que os países ainda possuem regulamentações internas próprias e destoantes em certos pontos, sendo que no geral a diretiva proporcionou uma aproximação equilibrada para a responsabilidade civil dos intermediários, embora tenha deixado diversos espaços sem regulamentação.

No geral os estados-membros permanecem firmes na observância da diretiva, e têm providenciado o suprimento de suas deficiências, por meio de legislação interna. A partir da total implementação da diretiva haverá um regime de responsabilidades mais uniforme e consistente, apesar de não totalmente desprovido de divergências nacionais.[270]

---

[268] Op. Cit.

[269] BINICHESKI, Paulo Roberto. Responsabilidade Civil dos Provedores de Internet: Direito Comparado e Perspectivas de Regulamentação no Direito Brasileiro, Curitiba: Juruá, 2011.

[270] RAAB, Charles D.. The governance of cyberspace: politics, technology and global restructuring. Hampshire: Ashgate Publishing Limited, 2004. Cap. 7, p. 155. Disponível em:

7 A PROBLEMÁTICA BRASILEIRA.

No Brasil, diante da inexistência de legislação específica que regulamente a responsabilidade civil dos provedores de acesso à internet, há na doutrina e jurisprudência uma tentativa de aplicação das regras gerais do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil.

Diversas decisões consideram os provedores de acesso à internet como prestadores de serviço, atribuindo aos mesmos responsabilidade civil objetiva fundada no dever de segurança do fornecedor em relação aos produtos e serviços lançados no mercado de consumo.

Por outro lado, há decisões que reconhecem a inexistência de um dever geral de segurança no *cyberspace*, inclusive por uma impossibilidade técnica, diante da imensa quantidade circulante de usuários e de dados.

Sendo assim há grave divergência sobre qual o regime aplicável, se de responsabilidade subjetiva, ou aquiliana, que depende da comprovação e culpa, ou objetiva, a qual depende somente da conduta e do nexo de causalidade com o dano sofrido.

A distinção sobre a natureza das atividades também resta obscurecida sem a existência de previsão legal específica, se meramente técnica, também denominada de mera conduta, ou se de contato direto com o ilícito, o que resulta em divergência sobre a existência de um dever prévio de controle e fiscalização de conteúdo em oposição à quantidade de conteúdo e a necessária rapidez de processamento.

Diverge-se igualmente quanto à natureza da responsabilidade civil dos sites de leilão virtual, tendendo a considerá-los como corretores ou contrariamente, como responsáveis solidários na cadeia de consumo.

<http://books.google.com.br/books >. Acesso em: 30 nov. 2013.

Há decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, apontando para a solução de questões tópicas, como a impossibilidade de se reconhecer a responsabilidade do provedor na circunstância de haver a vítima do ilícito identificado o seu autor direto:

> (...) 7. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa.
> 8. Preenchidos os requisitos indispensáveis à exclusão, da web, de uma determinada página virtual, sob a alegação de veicular conteúdo ilícito ou ofensivo - notadamente a identificação do URL dessa página - a vítima carecerá de interesse de agir contra o provedor de pesquisa, por absoluta falta de utilidade da jurisdição. Se a vítima identificou, via URL, o autor do ato ilícito, não tem motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra publicamente disponível na rede para divulgação. 9. Recurso especial provido. (grifos nossos)[271]

Outro precedente daquela Corte adverte, por sua vez, para a necessidade de comunicação ou notificação prévia do provedor de acesso, para que providencie a retirada do material gravoso, para somente assim seja possível se considerar sua responsabilidade civil, descaracterizando assim, a idéia de responsabilidade objetiva:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. INTERNET. REDES SOCIAIS. MENSAGEM OFENSIVA. CIÊNCIA PELO PROVEDOR. REMOÇÃO. PRAZO.
> 1. A velocidade com que as informações circulam no meio virtual torna indispensável que medidas tendentes a coibir a divulgação de conteúdos depreciativos e aviltantes sejam adotadas célere e enfaticamente, de sorte a potencialmente reduzir a disseminação do insulto, minimizando os nefastos efeitos inerentes a dados dessa natureza.

---

[271] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp N.º1316921/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrigui. Terceira Turma. Julgado em 26/06/2012.

> 2. Uma vez notificado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, o provedor deve retirar o material do ar no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada.
> 3. Nesse prazo de 24 horas, não está o provedor obrigado a analisar o teor da denúncia recebida, devendo apenas promover a suspensão preventiva das respectivas páginas, até que tenha tempo hábil para apreciar a veracidade das alegações, de modo a que, confirmando-as, exclua definitivamente o perfil ou, tendo-as por infundadas, restabeleça o seu livre acesso.
> (...) 5. Recurso especial a que se nega provimento.[272]

Por tais fundamentos, parece nítida a necessidade da implementação breve de regulamentação específica à matéria, por meio de lei, no Brasil, de forma a suprir a lacuna existente, e permitir correta e uniforme regulamentação da matéria.

CONCLUSÃO

Diante da análise realizada é possível alcançar algumas breves conclusões.

Primeiramente se verificou que os Estados Unidos e a União Européia seguem modelos diferentes de regulamentação, enquanto naquele há duas normas sobre o tema da responsabilidade civil dos provedores de acesso à internet, nesta há uma diretiva única, na tentativa de proporcionar a unificação da legislação dos diversos estados que a compõem.

Constatou-se que ambas as regulamentações isentam os provedores de responsabilidade objetiva, atribuindo aos mesmos, quando muito, responsabilidade subjetiva, mas transferindo a maior parte da responsabilidade civil aos reais autores do material lesivo.

Logo, há uma distinção clara entre autores diretos e meros responsáveis técnicos pela transmissão da informação, o que somente é possível com a discriminação das diferentes condutas pela lei.

---

[272] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp N.º1323754/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrigui. Terceira Turma. Julgado em 19/06/2012.

Por fim, se verificou a existência de graves divergências no Brasil, diante da inexistência de lei específica para a regulamentação do tema, sendo que parcela da doutrina e jurisprudência aplica a responsabilidade objetiva, enquanto o restante compreende que inexiste dever geral de cautela no *cyberspace*, com amparo em precedentes do Superior Tribunal de Justiça, que começam a discutir e deliberar sobre tópicos fundamentais do problema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BINICHESKI, Paulo Roberto. Responsabilidade Civil dos Provedores de Internet: Direito Comparado e Perspectivas de Regulamentação no Direito Brasileiro, Curitiba: Juruá, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil, São Paulo: Editora Atlas, 2008.

Código Civil Brasileiro. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 dez. 2013.

MINARDI PAESANI, Liliana. Direito e Internet: Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil, São Paulo: Editora Atlas, 2013.

RAAB, Charles D.. The governance of cyberspace: politics, technology and global restructuring. Hampshire: Ashgate Publishing Limited, 2004. Cap. 7, p. 155. Disponível em: <http://books.google.com.br/books >. Acesso em: 30 nov. 2013.

STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 6ª Edição, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp N.º1323754/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrigui. Terceira Turma. Julgado em 19/06/2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp N.º1316921/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrigui. Terceira Turma. Julgado em 26/06/2012.

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA NO DISTRITO FEDERAL – A DOAÇÃO E A VENDA DIRETA E O EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA EM CONFLITO COM O DIREITO À MORADIA.

Daniel Augusto Mesquita

Introdução

O direito urbanístico é a ciência notadamente de natureza administrativa, incidente sobre os fenômenos do urbanismo, destinada ao estudo das normas que visem a impor valores e convivências na ocupação e utilização dos espaços habitáveis.

A finalidade básica do direito urbanístico é "aquela que visa propiciar o adequado aproveitamento pelo homem dos espaços habitáveis, atendendo à função social da propriedade, assegurando melhor qualidade de vida à comunidade nas funções essenciais do urbanismo: habitar, circular, trabalhar, recrear e preservar o meio ambiente"[273].

Assim, partindo-se do pressuposto de que o direito urbanístico visa adequar o aproveitamento do espaço habitável pelo homem, de forma que essa ocupação atenda à função social da propriedade, deve-se considerar que esse ramo do direito está intimamente ligado às formas de regularização das moradias instaladas à margem da legalidade, sejam elas em razão de invasões de áreas públicas ou privadas ou de compra e venda de imóvel sem o devido registro.

---

[273] Conceito de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, extraído do artigo de Rogério Favreto e Vaneila Magali Muller Fuhro, na obra A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano. Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2003, p. 85;

Nesse contexto, o direito urbanístico serve de instrumento para a materialização do direito social à moradia, consagrado no art. 6º, *caput,* da Constituição[274].

Contudo, deve-se ressaltar que, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a moradia deve ser digna, de forma a assegurar ao cidadão um padrão de vida capaz de promover a sua saúde e bem-estar[275]. Nesse sentido, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1996), promulgado pelo Brasil através do Decreto 591, de 06/07/1992, foi ainda mais expresso:

> Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

Como se vê, o consagrado direito social à moradia não será plenamente atendido com a simples colocação de um indivíduo sob um teto, mas sim com a adoção de medidas completas que promoverão a inserção desse cidadão em uma edificação adequada para a saúde de toda a sua família e com a garantia de que essa melhoria será permanente e contínua. Ademais, não há satisfação plena do direito à moradia sem a adequação de um direito maior que é o atendimento às funções sociais da cidade.

Desse modo, dessas linhas introdutórias, constata-se que a promoção do direito à moradia passa, necessariamente, pela promoção da moradia digna, com condições propícias à saúde humana (com saneamento básico, por exemplo), da

---

[274] Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

275 Artigo XXV: “Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis”.

moradia permanente (com a titulação necessária para que o cidadão tenha a certeza de que aquela melhoria é perene) e se insira em uma localidade em que as funções sociais da cidade são atendidas.

2 A conformação legislativa do direito urbanístico

A Constituição Federal tem como pressuposto básico que toda propriedade privada deve atender a sua função social[276].

A partir desse postulado, o texto constitucional, ao tratar da política de desenvolvimento urbano, dispõe que essa política tem por objetivo primordial *"ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes"* (art. 182, *caput).* E o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana é o plano diretor.

A conexão entre o atendimento à função social da propriedade privada e a obediência ao plano diretor é evidente, pois o § 2º do art. 182 da Constituição é expresso ao dispor que *"a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor"*.

Assim, para que uma habitação urbana cumpra sua função social e, consequentemente, para que ela seja digna, as regras do plano diretor devem ser obedecidas.

No exercício da competência legislativa concorrente, a União editou as normas gerais acerca do plano diretor por meio do Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/2001). No que se refere ao objeto de análise deste trabalho, vale a apreciação do seguinte dispositivo:

> Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça

[276] Art. 5º, XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

> social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2o desta Lei.

Destaca-se desse dispositivo que o atendimento à função social de uma única residência está umbilicalmente ligado ao cumprimento das regras de ordenação de toda a cidade expressas no plano diretor. Essas normas devem promover a adequada qualidade de vida, a justiça social e o desenvolvimento de atividades econômicas na cidade. Assim, consagrou-se no Estatuto das Cidades a máxima de que a moradia promovida deve ser digna.

O Distrito Federal, no gozo de sua competência municipal, se valeu da competência constitucional conferida no art. 30, VIII[277], para promover o adequado ordenamento de seu território por meio da edição da Lei Complementar distrital nº 803/2009, alterada pela LC nº 854/2012. Essa é a lei que institui o plano diretor no âmbito do Distrito Federal e confere os critérios para a regularização fundiária das ocupações consolidadas.

3 O déficit de moradias regulares na história recente do Brasil

Antes de se passar à análise dos dispositivos da lei distrital acerca da regularização fundiária, vale destacar a análise promovida por Betânia de Moraes Alfonsin no sentido de que o art. 182 da Constituição e toda legislação dele decorrente tem por propósito realizar um resgate histórico do déficit de moradias dignas promovidas nas últimas décadas no Brasil.

Os critérios rígidos de regularização fundiária e de realização de loteamentos previstos na Lei nº 6.766/79 nunca foram adequados ao atendimento da população menos favorecida. Somente o loteador que tivesse interesse econômico na exploração do mercado imobiliário teria condições de promover toda a regularização determinada na Lei nº 6.766/79.

---

[277] Art. 30. Compete aos Municípios: VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

Assim, apenas os grandes empreendimentos imobiliários, destinados à classe alta e média da população eram edificados de forma regular. A camada menos abastada, por outro lado, adquiria sua moradia na base do jeitinho brasileiro.

As ocupações irregulares, traduzidas nas invasões de lotes públicos e privados, muitas vezes incentivadas pelos próprios políticos, foi a saída encontrada pela camada social menos favorecida para encontrar uma moradia, na falta de uma política habitacional integrada.

Desse modo, criou-se uma população segregada, que não era atendida no seu direito à uma moradia digna, privada de serviços públicos básicos e excluída dos equipamentos públicos[278].

Nas palavras de Betânia de Moraes Alfonsin:

> Este artigo – 182 da Constituição – implica um reconhecimento da falência da política habitacional conduzida durante todo o período da Ditadura Militar, já que há implícita nessa redação a compreensão de que milhares de famílias brasileiras, de fato, na ausência de política pública com capacidade de atender à demanda habitacional de baixa renda no país, autoconstruíram suas moradias em terrenos vazios que foram "ocupados" para que essa população pobre pudesse exercer o mais elementar dos direitos humanos: o direito de morar. Mais do que isso, o artigo não reconhece apenas um "fato", reconhece um "direito" que emerge desse fato: o direito de permanecer no local ocupado, adquirindo a propriedade da terra[279].

Nesse contexto histórico, o Distrito Federal editou seu Plano Diretor por meio da Lei Complementar nº 803/2009, alterada pela LC nº 854/2012, ciente de que o déficit de moradia digna e regularizada deveria ser sanado.

E essa flexibilização legislativa, no âmbito do Distrito Federal, ocorreu pela incorporação, no PDOT e em outras normas, do sistema de regularização

[278] Edésio Fernandes. Legalização de favelas em Belo Horizonte: um novo capítulo na história? In: A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano. Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2003, pp. 176-179.

[279] Da indivisibilidade à regularização fundiária: a trajetória legal da moradia de baixa renda em Porto Alegre. In: A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano. Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2003, pp. 168-169.

fundiária implementado pela Lei federal nº 11.977/09, que é mais resumido e adequado à realidade das ocupações consolidadas no Brasil.

Não se pode olvidar que o processo de regularização deve ser célere e efetivo, uma vez que "a dificuldade em tramitar um processo para a aprovação de um loteamento, sem a flexibilização alcançada, com certeza estimula o crescimento clandestino de moradias"[280].

4 Conceito de regularização fundiária

Afinal de contas, o que é regularização fundiária? Segundo Betânia de Moraes Alfonsin[281], há três visões para a conceituação da regularização fundiária:

- **ênfase na regularização jurídica dos lotes**: dar um título de propriedade ao morador ou a concessão de um direito real de uso (positivo: através da regularização jurídica o morador se tranqüiliza, desaparecendo o fantasma do despejo, a população se envolve na melhoria do local; negativo: só isso não basta, ao regularizar, o Estado deve promover condições dignas de habitação, com serviços públicos básicos e adequar o loteamento às normas de direito urbanístico, tais como, tamanho mínimo do lote, vias de circulação, aspectos ambientais etc.)

- **ênfase na urbanização do assentamento**: foco na ordenação do espaço, através da apresentação de um estudo de viabilidade urbanística que será posteriormente executado, melhorando as condições de habitabilidade do assentamento (positivo: melhora a circulação, alarga ruas e becos, cria espaços públicos internos, relocação de casas em locais estratégicos; negativo: sem a regularização jurídica, o poder público pode jogar dinheiro fora, pois a população

---

[280] Rogério Favreto e Vaneila Magali Muller Fuhro, In: A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano. Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2003, p. 85.

[281] Políticas de Regularização Fundiária: Justificação, impactos e sustentabilidade. In: Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil. Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2000.

pode sofrer futuros despejos ou acabar por modificar a área de forma irregular, retornando ao caos anterior)

- **ênfase na regularização urbanística**: foco na aproximação da cidade real à cidade legal, adequando as ocupações existentes ao que prevê o plano diretor, de modo que este deixe de ser peça de ficção. Aqui há duas saídas: ou se recupera o ambiente urbano para que ele se adéqüe ao regime do plano diretor ou se altera a legislação para que o plano diretor tenha cláusulas que acompanhem a realidade da ocupação (positivo: faz com que o desafio da regularização seja paupável e real; negativo: pode servir de instrumento para a segregação, pois as leis podem agir a serviço do mercado imobiliário).

Diante dessa análise, constata-se que a concepção ideal de regularização fundiária passa, necessariamente, pela intervenção pública quanto aos aspectos jurídico, físico e social. Nesse sentido, a definição de Betânia Alfonsin:

> Regularização fundiária é o processo de intervenção pública, sob os aspectos **jurídico, físico e social**, que objetiva legalizar a permanência de populações moradoras de áreas urbanas ocupadas em desconformidade com a lei para fins de habitação, implicando acessoriamente melhorias no ambiente urbano do assentamento, no resgate da cidadania e da qualidade de vida da população beneficiária[282].

Assim, a regularização fundiária deve ser interdisciplinar e deve realizar as seguintes dimensões:

- a regularização jurídica dos lotes;

- a urbanização/reurbanização do assentamento;

- a adequação da legislação urbanística com a mudança do regime urbanístico aplicável à área;

[282] Betânia de Moraes Alfonsin. Direito à moradia: instrumentos e experiências de regularização fundiária nas cidades brasileiras. Rio de Janeiro: FASE/IPPUR, Observatório de Políticas Urbanas, 1997, p. 24.

- o apoio e a motivação dos moradores para a autorganização, o associativismo e a cooperação mútua em iniciativas que impliquem a melhoria da qualidade de vida da comunidade.

- a adequação da ocupação à legislação ambiental (dimensão inserida no conceito de regularização fundiária previsto no art. 46 da Lei nº 11.977/09[283]).

A preocupação do processo de regularização é tripartite: 1) a legalização da posse exercida com fins de moradia; 2) melhoria do ambiente urbano do assentamento (sustentabilidade); 3) resgate ético, por meio de políticas públicas, para promover a cidadania às pessoas que antes viviam de forma segregada social e espacialmente.

Foi nesse propósito que foi editada a Lei nº 11.977/09, que institui o programa minha casa minha vida e regulamenta a situação da regularização fundiária das áreas de interesse social e das áreas de interesse específico. No âmbito do Distrito Federal, além do PDOT de 2009, a Lei nº 4.996/12 também afigura-se como um importante instrumento para a regularização, pois trata dos critérios de doação ou venda direta de imóveis públicos situados em área de regularização.

4 Adequação da legislação atual à regularização fundiária plena

A Lei Complementar distrital nº 803 – PDOT (atualizada em 05.08.2013), atende plenamente ao conceito de regularização fundiária desenvolvido por Betânia Alfonsin, porquanto busca regularizar a posse ou a ocupação daquele que já se instalou com a anuência do poder público em uma ocupação consolidada[284],

[283] Art. 46. A regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

[284] Lei nº 11.977/09: Art. 48. Respeitadas as diretrizes gerais da política urbana estabelecidas na Lei no 10.257, de 10 de julho de 2001, a regularização fundiária observará os seguintes princípios: I – ampliação

volta-se para o atendimento prioritário da população de baixa renda[285], busca melhorar e adequar o ambiente urbano, criando condições sustentáveis de desenvolvimento da localidade afetada[286], reinsere a população segregada no funcionamento da cidade, promove a adequação da ocupação às exigências da legislação ambiental[287] e aumenta a agilidade no processo de regularização[288].

Isso porque, o PDOT é expresso ao informar que o seu objetivo é adequar os assentamentos informais consolidados[289] e que a regularização fundiária "compreende as medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais promovidas por razões de interesse social ou interesse específico" (art. 117, parágrafo único).

Outra característica relevante da legislação é a diferenciação dos procedimentos de regularização fundiária de acordo com a classe social envolvida na ocupação. Para os assentamentos irregulares consolidados ocupados predominantemente pela população de baixa renda, a regularização ocorre por meio do procedimento descrito nos artigos 53 a 60 da Lei nº 11.977/09. Trata-se da regularização fundiária por interesse social, conhecida por ARIS, na qual os

---

do acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, **com prioridade para sua permanência na área ocupada**, assegurados o nível adequado de habitabilidade e a melhoria das condições de sustentabilidade urbanística, social e ambiental;

[285] Art. 122. São **metas, princípios, critérios e ações** para a regularização fundiária: (...) **VI** – priorizar a regularização fundiária de assentamentos informais de baixa renda consolidados; Art. 127. As Áreas de Regularização de Interesse Social terão prioridade na regularização fundiária promovida pelo Poder Público.

[286] Art. 122. São **metas, princípios, critérios e ações** para a regularização fundiária: (...) III – assegurar nível adequado de habitabilidade e melhoria das condições de sustentabilidade urbanística, social, ambiental e de salubridade ambiental da área ocupada;

[287] Art. 122. São **metas, princípios, critérios e ações** para a regularização fundiária: (...) **VII** – adotar medidas de compensação por eventuais danos ambientais e prejuízos à ordem urbanística, diante da irreversibilidade das ocupações e constatada a possibilidade de sua permanência;

[288] Art. 122. São **metas, princípios, critérios e ações** para a regularização fundiária: (...) **XIII** – aprimorar os instrumentos e medidas jurídicas, urbanísticas e ambientais voltadas à regularização de assentamentos informais, visando aumentar a agilidade do processo e facilitar as eventuais intervenções do Poder Público;

[289] Art. 117. A estratégia de regularização fundiária, nos termos da Lei federal nº 11.977, de 7 de julho de 2009, visa à **adequação de assentamentos informais consolidados**, por meio de ações prioritárias nas Áreas de Regularização indicadas no Anexo II, Mapa 2 e Tabelas 2A, 2B e 2C, desta Lei Complementar, de modo a garantir o direito à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

procedimentos são mais abreviados e a responsabilidade pela execução de obras e implantação de equipamentos é toda do poder público[290].

O outro procedimento, destinado à regularização fundiária de interesse específico – ARINE – na qual a ocupação é exercida, predominantemente, por população de média e alta renda[291], ocorre nos termos dos arts. 61 e 62 da Lei nº 11.977/09[292].

Na regularização da ARINE, a responsabilidade de implantação do sistema viário, da infraestrutura básica, dos equipamentos comunitários e das medidas de mitigação e compensação urbanística e ambiental eventualmente exigidas são compartilhadas entre os interessados e o poder público[293]. Além disso, não há

---

[290] Art. 126. As Áreas de Regularização de Interesse Social, indicadas no Anexo II, Mapa 2 e Tabela 2B, desta Lei Complementar, são consideradas Zonas Especiais de Interesse Social – ZEIS, nos termos da Lei federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001 – Estatuto da Cidade, e têm como objetivo a regularização fundiária de assentamentos irregulares ocupados predominantemente por população de baixa renda.
Art. 55. Na regularização fundiária de interesse social, **caberá ao poder público**, diretamente ou por meio de seus concessionários ou permissionários de serviços públicos, a implantação do sistema viário e da infraestrutura básica, previstos no § 6o do art. 2o da Lei no 6.766, de 19 de dezembro de 1979, ainda que promovida pelos legitimados previstos nos incisos I e II do art. 50.
Parágrafo único. A realização de obras de implantação de infraestrutura básica e de equipamentos comunitários pelo poder público, bem como sua manutenção, pode ser realizada mesmo antes de concluída a regularização jurídica das situações dominiais dos imóveis.

[291] Art. 130. As Áreas de Regularização de Interesse Específico, indicadas no Anexo II, Mapa 2 e Tabela 2B, desta Lei Complementar, têm como objetivo a regularização fundiária de assentamentos irregulares ocupados predominantemente por população de média ou alta renda.

[292] Art. 125. Para fins de regularização e ordenamento territorial no Distrito Federal, ficam criadas as Áreas de Regularização indicadas no Anexo II, Mapa 2 e Tabelas 2A, 2B e 2C, desta Lei Complementar, localizadas em Zonas Urbanas.
§ 1º As Áreas de Regularização são classificadas em Áreas de Regularização de Interesse Social – ARIS e Áreas de Regularização de Interesse Específico – ARINE.
(...)
§ 3º A regularização fundiária de interesse social se dará nos termos dos arts. 53 a 60 da Lei federal nº 11.977, de 7 de julho de 2009.
§ 4º A regularização fundiária de interesse específico se dará nos termos dos arts. 61 e 62 da Lei federal nº 11.977, de 2009.

[293] Art. 62. A autoridade licenciadora deverá definir, nas licenças urbanística e ambiental da regularização fundiária de interesse específico, as responsabilidades relativas à implantação:
I – do sistema viário;
II – da infraestrutura básica;
III – dos equipamentos comunitários definidos no projeto de regularização fundiária; e
IV – das medidas de mitigação e de compensação urbanística e ambiental eventualmente exigidas.

possibilidade de regularização de ocupação consolidada em área de preservação permanente na ARINE, ao contrário do que ocorre na regularização da ARIS[294].

De forma a não emperrar o processo de regularização, a Lei nº 11.977/09 trouxe um importante instrumento nas regularizações fundiárias de ARINE: a elaboração de termo de compromisso.

Nessa sistemática, caso uma ocupação consolidada caracterizada como ARINE contenha irregularidades urbanísticas ou ambientais, a autoridade licenciadora poderá definir que situações que seriam empecilhos imediatos para o prosseguimento da regularização passem a constar de um termo em que os beneficiários da regularização se comprometem a resolver as pendências identificadas ou a promover contrapartidas previamente estabelecidas para se compensar a irregularidade constatada. Caso essas pendências não sejam sanadas no prazo estabelecido, o termo de compromisso poderá ser levado a execução judicial pelo poder público, uma vez que a lei confere a ele força de título executivo (art. 62, § 2º, da Lei nº 11.977/09).

Por fim, uma última alteração legislativa merece destaque no processo de regularização fundiária definido na Lei nº 11.977/09, adotado pelo PDOT, é a possibilidade de a regularização fundiária ser promovida não só pelo Estado, mas pelos beneficiários, individual e coletivamente e por cooperativas habitacionais, associações de moradores, fundações, organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público ou outras associações civis que tenham por

---

[294] Art. 54. O projeto de regularização fundiária de interesse social deverá considerar as características da ocupação e da área ocupada para definir parâmetros urbanísticos e ambientais específicos, além de identificar os lotes, as vias de circulação e as áreas destinadas a uso público.
§ 1º O Município poderá, por decisão motivada, admitir a regularização fundiária de interesse social em Áreas de Preservação Permanente, ocupadas até 31 de dezembro de 2007 e inseridas em área urbana consolidada, desde que estudo técnico comprove que esta intervenção implica a melhoria das condições ambientais em relação à situação de ocupação irregular anterior.
Art. 61. A regularização fundiária de interesse específico depende da análise e da aprovação do projeto de que trata o art. 51 pela autoridade licenciadora, bem como da emissão das respectivas licenças urbanística e ambiental.
§ 1º O projeto de que trata o caput deverá observar as restrições à ocupação de Áreas de Preservação Permanente e demais disposições previstas na legislação ambiental.

finalidade atividades nas áreas de desenvolvimento urbano ou regularização fundiária (art. 50).

Esses legitimados poderão promover todos os atos necessários à regularização fundiária, inclusive os atos de registro (art. 50, parágrafo único, da Lei nº 11.977/09).

Tal medida é essencial para retirar o peso e a barganha política existente na escolha de qual ocupação será regularizada em primeiro lugar e evita que um processo de regularização seja engavetado por razões políticas.

Diante dessas alterações legislativas, constata-se que o novel procedimento de regularização fundiária adotado no Distrito Federal, além de caracterizar-se como democrático e célere, observa que a regularização deve ocorrer sob os aspectos jurídico, físico, social e ambiental, promove a moradia digna ao atender a exigência constitucional da adequação à ordenação da cidade, insere no funcionamento da cidade a população renegada pela sistemática da legislação anterior (resgate da cidadania) e promove a melhoria da qualidade de vida da população beneficiária.

5 Questões relevantes para a realidade do Distrito Federal

5.1 A venda ou doação direta ao ocupante

Além da adoção da nova sistemática da regularização fundiária adotada no PDOT, a situação fundiária do Distrito Federal é complexa, na medida em que essa unidade da federação se formou em uma área em que quase a totalidade das terras eram públicas. Além disso, a existência de terras particulares encravada nessas terras públicas somado ao fato de que em muitos casos não se ajuizou ação discriminatória nem tampouco ação demarcatória, faz com que cada ocupação tenha uma situação fundiária própria.

Neste tópico, nos preocupamos em expor a possibilidade de se promover a venda ou a doação direta ao ocupante de área pública.

A discussão iniciou-se quando da edição da Lei federal nº 9.262/96, que autorizou a venda de áreas públicas ocupadas na Área de Proteção Ambiental da Bacia do Rio São Bartolomeu, sem licitação, aos que firmaram compromisso de compra e venda de fração ideal do loteamento[295].

A questão chegou ao Supremo Tribunal Federal que, no julgamento da ADI 2990, entendeu que o dispositivo não viola a regra constitucional da licitação, uma vez que a situação tratada na lei revela uma verdadeira hipótese de inexigibilidade de licitação[296].

Hoje não há mais dúvidas quanto à regularidade desse procedimento de venda ou doação direta ao ocupante do imóvel nos casos de regularização fundiária de interesse social, uma vez que a situação se enquadra na seguinte hipótese de licitação dispensada prevista no art. 17, I, f, da Lei nº 8.666/93[297].

---

[295] Art. 3º As áreas públicas ocupadas localizadas nos limites da APA da Bacia do Rio São Bartolomeu, que sofreram processo de parcelamento reconhecido pela autoridade pública, poderão ser, no todo ou em parte, vendidas individualmente, dispensados os procedimentos exigidos pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.
§ 1º - A possibilidade de venda a que se refere o caput só se aplica às áreas passíveis de se transformarem em urbanas, e depois de atendidas as exigências da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979.
§ 2º Poderá adquirir a propriedade dos lotes, nos termos do caput deste artigo, aquele que comprovar, perante a Companhia Imobiliária de Brasília - Terracap, ter firmado compromisso de compra e venda de fração ideal do loteamento, prova esta que deverá ser feita mediante apresentação do contrato firmado com o empreendedor do loteamento ou suposto proprietário, além da comprovação de que efetivamente pagou, ou está pagando, pelo terreno, através de cópias dos respectivos cheques e extratos bancários, ou comprovação de que tenha pago o terreno com algum bem que estava em sua esfera patrimonial.

[296] Pertinente a leitura do seguinte trecho da ementa do acórdão da ADI 2990: "1. A dispensa de licitação em geral é definida no artigo 24, da Lei n. 8.666/93; especificadamente --- nos casos de alienação, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis construídos e destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social, por órgãos ou entidades da administração pública --- no seu artigo 17, inciso I, alínea "f". Há, no caso dos autos, inviabilidade de competição, do que decorre a inexigibilidade de licitação (art. 25 da lei). O loteamento há de ser regularizado mediante a venda do lote àquele que o estiver ocupando. Consubstancia hipótese de inexigibilidade, artigo 25".

[297] Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:
I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:

Com relação à doação ou venda direta para imóvel situado em ARINE, a regulamentação consta da Lei distrital nº 4.996/2012 que define os critérios de doação, venda direta ou exercício do direito de preferência do ocupante de imóvel construído em área pública consolidada, para fins de regularização fundiária[298].

5.2 Inexistência de proteção possessória em área da TERRACAP

Outro aspecto relevante da regularização fundiária no Distrito Federal é a impossibilidade do ocupante de um imóvel da TERRACAP sustentar a proteção possessória.

---

f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;

[298] Art. 2º Para fins de regularização fundiária nas cidades consolidadas, oriundas de programas de assentamento promovidos pelo Distrito Federal, fica autorizada a **doação dos imóveis do Distrito Federal aos atuais ocupantes** nos casos em que a ocupação for mansa e pacífica há pelo menos **cinco anos** e um dia na data da publicação desta Lei.
(...)
Art. 3º Fica autorizada a regularização, por meio da **doação**, de imóveis do Distrito Federal de **até duzentos e cinquenta metros** quadrados aos atuais ocupantes de parcelamentos informais consolidados, previstos na Estratégia de Regularização Fundiária de Interesse Social do Plano Diretor de Ordenamento territorial, que cumpram, cumulativamente, os seguintes requisitos:
I – ter renda familiar de até cinco salários-mínimos;
II – não ter sido beneficiados em programas habitacionais do Distrito Federal;
III – comprovar que residem no Distrito Federal nos últimos cinco anos, mesmo que não seja no endereço a ser regularizado;
IV – não ser e nem ter sido proprietários, promitentes compradores ou cessionários de imóvel residencial no Distrito Federal;
V – não ocupar área com restrição urbanística e ambiental nos termos da legislação vigente.
Art. 4º Os ocupantes dos imóveis que não atenderem ao disposto nos arts. 2º e 3º, caput e incisos de I a IV, têm direito à regularização fundiária, mediante o **pagamento de valor correspondente à avaliação** realizada com base em critérios específicos para fins de regularização e nas condições definidas por ato do Poder Executivo, desde que não sejam proprietários, promitentes compradores ou cessionários de outro imóvel no Distrito Federal.
Art. 5º Para o ocupante que seja proprietário, promitente comprador ou cessionário de outro imóvel no Distrito Federal, é garantido o exercício do **direito de preferência** quando da licitação do imóvel a ser regularizado.
Parágrafo único. O direito de preferência de que trata este artigo pode ser exercido em relação a um único imóvel.

O Código Civil define a posse em seu aspecto objetivo (Ihering) ao afirmar que “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade” (art. 1.196).

A jurisprudência pátria, partindo do pressuposto de que a Constituição não admite usucapião de bem público (art. 183, § 3º: Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião), firmou-se no sentido de que a ocupação de bem público configura ato de mera detenção e não confere qualquer proteção possessória ao ocupante de imóvel público (v.g.: AgRg no REsp 1129480/GO).

Surge, nesse ponto, uma pergunta: considerando que os imóveis do Distrito Federal estão registrados em nome da TERRACAP e que essa entidade é uma empresa pública, com 51% de seu patrimônio pertencente ao DF e 49% pertencente à União, os particulares ocupantes desses imóveis merecem proteção possessória?

A leitura apressada do art. 98 do Código Civil indicaria que sim, pois segundo esse dispositivo, “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que os imóveis da TERRACAP são púbicos, a partir do julgamento, pela Corte Especial, dos embargos de divergência 695.928[299].

---

[299] ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. IMÓVEIS PERTENCENTES À TERRACAP. BENS PÚBLICOS. USUCAPIÃO.
1. Tratam os autos de embargos de divergência apresentados por Maria Lúcia Pereira dos Santos em face de acórdão proferido em sede de recurso especial que exarou entendimento no sentido de que, embora a TERRACAP possua natureza jurídica privada, gere bens públicos pertencentes ao Distrito Federal, impassíveis de usucapião. Colaciona a embargante julgados oriundos desta Casa em sentido oposto, onde se externa o posicionamento de que os imóveis da TERRACAP integram-se na categoria de bens particulares.
2. Os imóveis administrados pela Companhia Imobiliária de Brasília (Terracap) são públicos, sendo insuscetíveis de usucapião.
3. Embargos de divergência não-providos.
(EREsp 695.928/DF, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/10/2006, DJ 18/12/2006, p. 278)

Isso porque, as terras do Distrito Federal têm origem no artigo 3º da Constituição de 1891, quando foi reservada uma área de 14.400 km2 para nela se instalar a futura capital do país. Essa área, contudo, não passou totalmente para o Distrito Federal. Somente em 1953, em atendimento ao § 1º, do artigo 4°, das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição de 46, foi editada a Lei nº 1.803, mandando demarcar uma área de aproximadamente 5.000 km2 entre os paralelos 15°30' e 17° e os meridianos W.Gr. 46°30' e 49°30', adotando os limites naturais ou não.

Assim, desde a criação do Distrito Federal, a área determinada pela Constituição de 1891 foi declarada pública.

Inicialmente, para viabilizar a construção da cidade, foi editada a Lei n° 2.874, de 19.09.56, que autorizou a criação da NOVACAP, cujo capital foi integralizado totalmente pela União, mediante a incorporação da área de 5.000km2 já demarcada para a instalação da nova capital e outros bens móveis e imóveis.

Essa demarcação não foi acompanhada das ações discriminatórias para identificar os proprietários de terras particulares que havia no perímetro do Distrito Federal. A União optou por promover os registros por meio da desapropriação das terras situadas dentro da área indicada na Lei nº 1.803.

Nesse contexto, foi criada a TERRACAP, com o propósito de tornar o processo de ocupação do novo Distrito Federal mais ágil. A Lei n° 5.861, de 12.12.72, criou a Companhia Imobiliária de Brasília – TERRACAP – para suceder a NOVACAP e administrar os bens do Distrito Federal. Do capital social original da nova empresa pública passaram a participar o Distrito Federal com 51% e a União com 49%.

Assim, a TERRACAP substituiu a NOVACAP assumindo seus direitos e obrigações na execução das atividades imobiliárias de interesse do Distrito Federal. Os poderes outorgados anteriormente à NOVACAP para adquirir, alienar,

permutar, alugar e arrendar imóveis que eram da União passaram para a TERRACAP.

Esses fundamentos demonstram que as terras que hoje estão registradas em nome da TERRACAP são públicas desde a Constituição de 1981 e que o caos da regularização fundiária do Distrito Federal decorre da política adotada pela União de registro das áreas públicas por meio de desapropriação e não de ação discriminatória.

5.3 O exercício do poder de polícia nas desocupações de áreas públicas

O poder de polícia é, por definição, um poder do Estado capaz de influir nos direitos individuais do cidadão, restringindo-lhe bens, direitos e atividades, em prol do bem estar coletivo e do interesse público[300].

Se não há proteção possessória nas ocupações de áreas da TERRACAP, o Estado pode exercer o seu poder de polícia para retirar as ocupações ilegais de áreas públicas, valendo-se do atributo da autoexecutoriedade. Segundo a doutrina, por esse atributo, *"pode a Administração Pública promover, por si mesma, independentemente de remeter-se ao Poder Judiciário, a conformação do comportamento do particular às injunções dela emanadas, sem necessidade de um prévio juízo de cognição e ulterior juízo de execução processado perante as autoridades judiciárias"* (Mello, 2009, p. 834).

No caso do Distrito Federal, a autoexecutoriedade chega ao ponto de promover a demolição imediata das ocupações em áreas públicas, uma vez que

---

[300] MESQUITA, Daniel Augusto. Direito Administrativo – Série Advocacia Pública. Ed. Método, 2011, p. 80.

há previsão legal expressa no Código de Edificações do Distrito Federal nesse sentido[301].

A legislação é clara ao autorizar a demolição de obra erigida em desacordo com a legislação e não for passível de alteração do projeto arquitetônico para adequação da construção à legislação. No caso de construção em área pública, a demolição pode ocorrer imediatamente.

É óbvio que a gravosa medida de demolição não pode chegar ao ponto de extirpar ocupações há muito consolidadas e que podem ser objeto de regularização. A legislação que autoriza o exercício do poder de polícia deve ser interpretada conjuntamente com a legislação distrital e federal que trata da regularização fundiária, uma vez que o poder de polícia é um instrumento para a manutenção da ordem urbanística.

Assim, se o direito urbanístico defende a necessidade de regularização das áreas ocupadas de forma consolidada, não pode a Administração agir cegamente e se valer de um grave instrumento sem a devida análise da proporcionalidade do ato e do bem jurídico maior tutelado, que é a implementação da moradia digna.

Por outro lado, o poder de polícia pode e deve atuar para adequar a ocupação do solo urbano aos critérios previstos no plano diretor, promovendo as alterações necessárias para que as ocupações consolidadas atendam o postulado constitucional do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da garantia do bem-estar de seus habitantes.

A idéia de que a ordem constitucional consagra a moradia digna passa, necessariamente, pela desconstituição daquela moradia que não pode ser

---

[301] Art. 178 - A demolição total ou parcial da obra será imposta ao infrator quando se tratar de construção em desacordo com a legislação e não for passível de alteração do projeto arquitetônico para adequação à legislação vigente.
§ 1º O infrator será comunicado a efetuar a demolição no prazo de até trinta dias, exceto quando a construção ocorrer em área pública, **na qual cabe ação imediata.**
§ 2º Caso o infrator não proceda à demolição no prazo estipulado, esta será executada pela Administração Regional em até quinze dias, sob pena de responsabilidade.

regularizada, seja porque se encontra em área de risco, seja porque afeta negativamente todo o conjunto urbanístico. Nesses casos, o direito social à moradia não estará sendo plenamente atendido com a manutenção do imóvel nessas condições. A manutenção dessa edificação, na primeira situação, coloca em risco a vida do cidadão e, na segunda, impede a promoção da moradia digna para os demais habitantes daquela localidade.

Assim, o poder de polícia aparece como instrumento de promoção da moradia digna, a serviço dos postulados constitucionais da política urbanística e dos critérios estabelecidos no plano diretor.

Conclusões

Constatado que o direito urbanístico serve de instrumento para a materialização do direito social à moradia, consagrado no art. 6º, *caput,* da Constituição, e que a promoção desse direito passa, necessariamente, pela promoção da moradia digna, com condições propícias à saúde humana, da moradia permanente e se insira em uma localidade em que as funções sociais da cidade são atendidas, chega-se à conclusão de que o uso do poder de polícia na ordenação do solo urbano está a serviço da função social da cidade e não a serviço da moradia individualmente considerada.

No Distrito Federal, o plano diretor vigente, reconhecendo a ineficácia da Lei nº 6.766/79 para fazer frente regularização fundiária das ocupações consolidadas de baixa renda, adotou os critérios da Lei nº 11.977/99, com o propósito de sanar o grande déficit de moradias dignas existentes.

Diante dessa alteração legislativa, constata-se que o novel procedimento de regularização fundiária adotado no Distrito Federal, além de caracterizar-se como democrático e célere, observa que a regularização deve ocorrer sob os aspectos jurídico, físico, social e ambiental, promove a moradia digna ao atender a exigência constitucional da adequação à ordenação da cidade, insere no funcionamento da cidade a população renegada pela sistemática da legislação

anterior (resgate da cidadania) e promove a melhoria da qualidade de vida da população beneficiária.

Além disso, a possibilidade de venda ou doação direta ao ocupante do imóvel prevista na Lei nº 8.666/93 e na Lei distrital nº 4.996/2012 facilitam a regularização no Distrito Federal.

Por fim, outro elemento de substancial na promoção de moradias dignas, o poder de polícia pode e deve atuar para adequar a ocupação do solo urbano aos critérios previstos no plano diretor, promovendo as alterações necessárias para que as ocupações consolidadas atendam o postulado constitucional do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da garantia do bem-estar de seus habitantes.

Referências bibliográficas

ALFONSIN, Betânia de Moraes. **Políticas de Regularização Fundiária: Justificação, Impactos e Sustentabilidade**. In: Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil. Del Rey, Belo Horizonte, 2001, p. 195-267.

ALFONSIN, Betânia de Moraes. **Instrumentos e Experiências de Regularização Fundiária em áreas urbanas ocupadas.** In: 7º ENCONTRO NACIONAL DA ANPUR, 1997, Recife. Anais do 7º Encontro Nacional da ANPUR - Novos desafios territoriais, novos sujeitos sociais: desafios do Planejamento. 1997. v. 1.

ALFONSIN, Betânia de Moraes. **A regularização fundiária como parte da política urbana**. Revista de Direito Imobiliário, São Paulo, v. 55, n. Ano 26, p. 249-262, 2003.

ALFONSIN, Betânia de Moraes. **DIREITO À MORADIA -INSTRUMENTOS E EXPERIENCIAS DE REGULARIZAÇÃO FUNDIARIA NAS CIDADES BRASILEIRAS**. Rio de Janeiro: IPPUR/FASE - Observatório de Políticas Urbanas, 1997. v. 01. 282 p.

ALFONSIN, Betânia de Moraes e FERNANDES, Edésio – Coordenadores. **A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano.** Del Rey, Belo Horizonte, 2003.

CENCI, Daniel Rubens e ANDREOLA, Patrícia. **O Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado e os Conflitos Socioambientais Urbanos: Desafios Para a Sustentabilidade nas Cidades.** Acessado em janeiro de 2013 em www.esdm.com.br/include%5CdownloadSA.asp?file...pdf

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico.** São Paulo: Max Limonad, 1997.

FERNANDES, Edésio. **Direito urbanístico e política urbana no Brasil**. Del Rey, Belo Horizonte, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 22ª Edição, 2007.

MESQUITA, Daniel Augusto. **Direito Administrativo – Série Advocacia Pública**. Ed. Método, São Paulo, 2011.

OSÓRIO, Letícia Marques. **Direito à Cidade como Direito Humano Coletivo**. In: Direito Urbanístico – Estudos Brasileiros e Internacionais. Coord: Edésio Fernandes e Betânia Alfonsin, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2006, pp. 193-214.

AS GERAÇÕES (OU DIMENSÕES) DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, O MEIO AMBIENTE E A PROTEÇÃO DAS FUTURAS GERAÇÕES

Carlos Odon Lopes da Rocha[302]

INTRODUÇÃO

Conquanto rotineira a utilização, no mundo jurídico, da terminologia "geração", é certo que ela transmite a equivocada ideia de revogação de uma fase por outra, ou seja, de que na sucessão cronológica entre as denominadas "gerações" de direitos haveria a substituição de um modelo jurídico por outro. Assim, a expressão "dimensão" melhor representaria a ideia de que os direitos fundamentais, de uma forma complementar e integrada entre si, apenas adquirem roupagens diversas de acordo com as conquistas históricas. Nesse sentido é a doutrina de Paulo Bonavides (2003) e Jorge Miranda (2000).

Ao defender o emprego da terminologia "dimensões" de direitos fundamentais, o autor lusitano (2000, p. 24) ensina que

> nem se trata de mero somatório, mas sim de uma interpretação mútua, com a consequente necessidade de harmonia e concordância prática. Os direitos vindos de certa época recebem o influxo dos novos direitos, tal como estes não podem deixar de ser entendidos em conjugação com os anteriormente consagrados; algumas liberdades e o direito de propriedade não possuem hoje o mesmo alcance que possuíam no século XIX, e os direitos sociais adquirem um sentido diverso consoante os outros direitos garantidos pelas Constituições.

---

[302] Mestrando em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Pós-graduado em Direito Público pelo IDP. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera. Procurador do Distrito Federal. Advogado. Membro da Comissão de Advocacia Pública da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Distrito Federal (OAB/DF).

Com essas breves considerações terminológicas, há de se ter em mente, ainda, que alguns autores empregam a expressão "direitos humanos" como sinônimo de "direitos fundamentais". Para eles (*v.g.,* Paulo Bonavides), enquanto "direitos fundamentais" seria uma expressão usada, via de regra, por juristas alemães, "direitos humanos" seria utilizada por doutrinadores anglo-saxões, bem como latinos. Entretanto, há estudiosos (*e.g.,* J. J. Gomes Canotilho e Ingo W. Sarlet) que defendem que os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos pelo direito interno positivo e, portanto, são delimitados temporal e espacialmente. Já os direitos humanos são reconhecidos no âmbito do direito internacional positivo ao ser humano enquanto tal, independentemente de sua vinculação jurídica com determinada ordem positiva interna. Para os interesses do presente estudo, as referidas expressões serão tomadas como sinônimas.

Dito isto, os direitos humanos ou fundamentais, a partir de uma evolução histórica, busca conferir dignidade à pessoa, tratando-a como um fim em si mesmo, e não como um meio para projetos de outros. Contudo, no caso do meio ambiente ecologicamente equilibrado, típico direito fundamental de terceira dimensão, o texto constitucional (artigo 225), ao preservá-lo para futuras gerações, não trata o "eu" como fim em si mesmo, mas o "outro". Conferindo presença ao "outro" (futura geração), a Constituição nos remete a uma ética da alteridade, único lugar possível de se alcançar uma verdadeira justiça social.

Para se chegar a tal entendimento, este artigo utilizará como principais referenciais teórico-metodológicos conceitos doutrinários de Paulo José Leite Farias e Joseph Des Jardins, expostos, respectivamente, nas obras intituladas "Água: bem jurídico econômico ou ecológico? Brasília: Brasília Jurídica, 2005" e *"Environmental Ethics. 3ª ed. Wadsworth Thomson, 2001".*

2 GERAÇÕES OU DIMENSÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Desde logo, Paulo Farias (2005, p. 157) explica que direitos humanos são aqueles

> (...) direitos da pessoa humana, enquanto indivíduo e cidadão, que são inalienáveis, imprescritíveis, irrenunciáveis, com eficácia *erga omnes*, e que têm origem nos denominados direitos naturais (...). São inerentes à pessoa e devem ser respeitados e implementados pelo Estado.

Inalienabilidade significa que os direitos humanos não podem ser transferidos, seja de forma gratuita ou onerosa. São eles inegociáveis.

Imprescritibilidade transmite a ideia de que o direito não perece pelo decurso do prazo e pelo seu não exercício. São sempre exercíveis, não havendo lapso temporal que dê ensejo à perda da exigibilidade (prescrição).

Irrenunciabilidade consiste no fato de não poder ser objeto de renúncia pelo titular do direito. Alguns direitos fundamentais podem até não ser exercidos, mas jamais podem ser renunciados.

Além das características elencadas por Paulo Farias, há outras: a) historicidade, isto é, os direitos humanos são frutos de conquistas históricas e culturais ao longo dos tempos. São mutáveis, isto é, suscetíveis de transformação e de ampliação, que variam em tempo e lugar; b) indivisibilidade, ou seja, a garantia dos direitos de primeira geração ou dimensão é condição para a realização dos direitos humanos de outras dimensões e vice-versa; c) indisponibilidade, vale dizer, não pode ser desfeito pelo titular; d) universalidade, que se refere à pessoa humana na sua universalidade, independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça, convicção político-filosófica etc; e) inviolabilidade, ou seja, não podem ser desrespeitados pela autoridade pública, particular ou mesmo por normas infraconstitucionais; e, f) efetividade, o que significa que a atuação do Poder Público e da sociedade deve garantir a efetivação, em última análise, dos direitos humanos.

Contudo, características como inalienabilidade, indisponibilidade e universalidade causam certa perplexidade quando tratamos, por exemplo, do direito (fundamental) à propriedade. Para a teoria do garantismo jurídico, é inaceitável que a propriedade seja considerada um direito fundamental.

Segundo Ferrajoli (2001, p. 30), principal expoente do garantismo, o direito de propriedade não possuiria as características típicas dos direitos fundamentais, como a universalidade, por ser um privilégio de poucos. Também não seria um direito igual de todos os seres humanos por razões de escassez.

Porém, tal crítica garantista não merece prosperar, pois o direito de propriedade deve ser interpretado como o direito à potencial aquisição de propriedade e de proteção daquela já existente. Conforme ensina Robert Alexy (2001, p. 174-185), o direito à propriedade deve ser visto como um direito do cidadão de que o Estado não lhe obstaculize eventual aquisição de propriedade (abstenção).

Ademais, argumentam os críticos que a propriedade não seria inalienável e indisponível.

Contudo, conquanto a alienabilidade em si da propriedade seja óbvia, é certo que o direito de proteção que o Estado confere à propriedade, por sua vez, é inalienável e indisponível. Já dizia John Locke (1998, p. 427) que o Estado deve garantir ao indivíduo a potencialidade de adquirir propriedade. É por esta razão que o indivíduo possui motivação para trabalhar. Chegava a afirmar que o principal objetivo do agrupamento dos homens em sociedade seria desfrutar de suas propriedades em paz e segurança.

Além de tais características, Robert Alexy (2001) elenca outras quatro características, existentes em grau máximo nos direitos fundamentais: a) exibem máxima hierarquia; b) gozam de máxima força normativa; c) regulam objetos de máxima relevância; e, d) sofrem de máxima indeterminação.

Destarte, direitos humanos (ou fundamentais) são aqueles direitos inerentes à própria natureza humana, possuindo caráter inviolável e universal.

Existem antes de qualquer lei, e não precisam estar nela previstos para serem reconhecidos ou protegidos. São direitos fundamentais para a dignidade humana. Representam requisitos essenciais de uma vida humana livre e digna (direito à liberdade, à igualdade, à fraternidade etc). Através de um "consenso mínimo universal", os direitos humanos são reconhecidos em razão da dignidade da pessoa humana. Os direitos humanos consistem em valores superiores da comunidade internacional, cujos conteúdos incluem garantias para ter uma vida digna.

O respeito aos direitos humanos nasce da convicção, compartilhada universalmente, de que todas as pessoas possuem direitos naturais, preexistentes à ordem positiva, inalienáveis e autoaplicáveis. São direitos intimamente relacionados com a dignidade humana.

Com efeito, a dignidade confere ao ser humano a possibilidade de ser o árbitro de seu próprio destino, de buscar a sua própria felicidade, tudo isso sem interferências alheias injustificadas. Conforme o pensamento kantiano, o homem não se torna um projeto de outrem, mas de si mesmo. Com base na dignidade, todos são livres e iguais, devendo ser respeitados como sujeitos de direito (e não como objetos de direito). A dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social, sendo inerente à vida e, por esse motivo, seria um direito pré-estatal.

Para Paulo Farias (2005, p. 159), os direitos humanos deitam suas raízes no mundo clássico. Para alguns teóricos, provêm do cristianismo, que valorizou a dignidade da pessoa humana. Na antiguidade grega não se aventou a existência de direitos do homem, pois a noção de cidadão estava vinculada à liberdade de participação em assuntos públicos e na vida política, correlacionada à religião da cidade.

Porém, não se pode olvidar que os direitos humanos são frutos, em verdade, da luta e afirmação histórica dos povos contra as opressões e injustiças sofridas no decorrer dos séculos, sendo que eles não nascem todos de uma vez e

nem de uma vez por todas (Norberto Bobbio). São direitos em constante construção e reconstrução (Hanna Arendt).

Convém destacar que, mesmo diante do reconhecimento de um catálogo cada vez mais extenso de direitos (humanos) fundamentais, o verdadeiro desafio do século XXI restringe-se à real capacidade de os Estados e a sociedade concretizarem tais direitos.

Paulo Farias (2005, p. 160) discorre, ainda, sobre a classificação dos direitos fundamentais, destacando a "Teoria dos Quatro *Status",* de Jellinek. Para este jurista, pelo fato de ser membro do Estado o indivíduo trava, ao longo do tempo, com o ente coletivo, uma pluralidade de relações denominadas *"status".*

A primeira relação é a de subordinação ao Estado. É a esfera de deveres individuais e corresponde ao *status* passivo. A segunda relação, o *status* negativo, corresponde à esfera de liberdade na qual os interesses essencialmente individuais encontram sua satisfação. É a esfera de liberdade individual, cujas ações são livres, porque não estão ordenadas ou proibidas. São os chamados direitos de defesa. A terceira relação resulta do fato de que a atividade estatal é realizada no interesse dos cidadãos, *status* positivo. E, para o cumprimento de suas tarefas, o Estado tem obrigação de exercer determinadas tarefas. Essa terceira relação nasce abraçada ao princípio da igualdade material ou substancial. São os chamados direitos a prestações. A quarta e última relação decorre da circunstância de que a atividade estatal só se torna possível por meio da ação dos cidadãos. São os chamados direitos de participação, o que leva, atualmente, a uma maior emancipação política do indivíduo através de processos de deliberação e participação.

3 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUDAMENTAIS NA IDADE MODERNA

3.1 Direitos fundamentais de primeira dimensão

Sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais, os manuais jurídicos em geral tomam como marcos relevantes os seguintes documentos: a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 1776; e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

A *Magna Charta Libertatum*, de 1215, na Inglaterra, é frequentemente tomada como antecedente histórico das modernas declarações de direitos humanos. Contudo, a *Magna Charta* não abarcava o reconhecimento de direitos fundamentais do indivíduo, enquanto homem, mas estabeleciam direitos de caráter estamental, isto é, direitos ou liberdades específicas em favor dos estamentos superiores da sociedade, como a nobreza e o clero, além de algumas poucas concessões ao "*terceiro estamento*" ou povo (FARIAS, 2005, p. 162).

Com a Idade Moderna e o Iluminismo, vai sendo amplamente aceita a concepção jusnaturalista dos direitos básicos do indivíduo. Prevalece a ideia, nos dizeres de Paulo Farias (2005, p. 163), que

> todos os homens são livres por natureza e possuem direitos inatos, anteriores e, portanto, superiores ao poder público. O objetivo da sociedade, contratualmente constituída, era, pois, conservar todos os direitos naturais do indivíduo (...). O liberalismo, marcado pela concepção de primazia do indivíduo sobre o Estado, e a concepção jusnaturalista trazem a possibilidade de juridicização dos direitos do homem e projetam-se nas revoluções americana e francesa, determinando o aparecimento das declarações de direitos setecentistas.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, é de cunho jusnaturalista e teve grande influência no desenvolvimento dos direitos

fundamentais ao redor do mundo. A referida Declaração, em seu preâmbulo, ensina Paulo Farias (2005, p. 164),

> limita-se a reconhecer os direitos naturais inalienáveis e sagrados do homem. O art. 2º prevê que a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem, e o art. 16 proclama que qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos fundamentais nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição. Ao contrário das declarações americanas, a Declaração francesa caracteriza-se por seu perfil universalizante de aplicação não só ao cidadão francês, mas a todo mundo.

Esses primeiros direitos são de cunho negativo, de abstenção do Estado nas atividades privadas. São chamados de liberdades. Dentro do contexto histórico, após a ruína do absolutismo monárquico na Europa, ocupa a burguesia o centro do poder político e econômico, já nos fins do século XVIII. Com base nos ideais iluministas, surge o Estado liberal, com o propósito de assegurar a liberdade individual, não devendo o Poder Público se intrometer na vida privada das pessoas. À exceção daquelas funções eminentemente estatais (defesa da soberania, justiça e diplomacia), todo o resto deveria se submeter à iniciativa privada, corolário do princípio maior da autonomia da vontade (LEITE, 2004, p. 55).

Nesta fase, buscava-se a liberdade pública, ou seja, a defesa do indivíduo contra os abusos cometidos pelo Estado. No pensamento liberal então vigente, o Estado era o monstro (Leviatã) que atemorizava o indivíduo, enquanto ser singular e autossuficiente. Emanavam do Estado as mais graves ameaças à liberdade do indivíduo, resquícios do poder absoluto das monarquias.

Leviatã, portanto, deveria se abster (*non facere*) em intervir na esfera dos seus súditos, deixando tudo, ou quase tudo, a cargo da livre manifestação de vontade dos indivíduos. O interesse público seria obtido através do simples somatório dos interesses individuais realizados. Nascem os direitos fundamentais de primeira dimensão (ou geração). São os direitos civis e políticos, que tutelam,

sobretudo, a liberdade e a propriedade. Com a liberdade, esclarece Paulo Farias (2005, p. 166), surge um

> novo conceito de saber: o saber como algo público, distinto do saber oculto e secreto de outras épocas. Este conceito do saber como coisa pública, obra da ilustração e do acesso de todos à razão e à ciência, completava-se com o de uma verdade objetiva, conhecida por meio do saber progressivo, do debate franco, função de vida social liberada de parcialismo e privilégio (...).

Ainda no pensamento do século XVIII, um dos momentos mais importantes foi a diferenciação, indicada por Rousseau, entre a liberdade natural ou física e a liberdade civil ou política. Após o contrato social, os homens encontram-se inseridos em um corpo social coeso, e a liberdade de cada qual consiste especialmente em incluir sua vontade no conjunto formado pelas vontades de todos. Para Tocqueville (Apud FARIAS, 2005, p. 167),

> o privilégio mais natural do homem, depois do direito de agir por si próprio, é o de combinar seus esforços com os de seus semelhantes, e de agir em comum com eles. O direito de associação, portanto, parece-se quase tão inalienável em sua natureza como o direito da liberdade pessoal.

A liberdade natural, pois, consiste na ausência de oposição, sendo o primeiro princípio de justiça (John Rawls). Trata-se de bem primário do indivíduo, sem o qual a própria razão humana ficaria arranhada. Assim, numa argumentação racional, as liberdades em geral há de receber uma posição preeminente. A liberdade, em seu *status* negativo, significa estar livre de interferência intrusiva de outros particulares e do próprio Estado. É a ausência de coerção ilegítima. Os direitos humanos à liberdade estão ligados a valores morais e políticos centrais nas sociedades democráticas, plurais e abertas. A liberdade em geral preexiste ou independe de previsões legais ou institucionais, sendo que todos os seres humanos igualmente a têm, de forma incondicional e invariável.

3.2 Direitos fundamentais de segunda dimensão.

Numa segunda fase, já no século XIX, ocorre a chamada Revolução Industrial, donde emerge uma nova classe social: o proletariado. Com a exploração demasiada de mão-de-obra infantil e a jornada penosa de trabalho, que chegava a 14 (catorze) horas por dia, questiona-se as condições desumanas vividas no ambiente de trabalho e, por via de consequência, critica-se a lógica perversa do liberalismo selvagem e irrestrito. A classe operária inicia movimentos grevistas, objetivando, em última análise, a conquista de direitos sociais, como direito ao trabalho e ao salário justo, direito à seguridade social etc.

Ao passo que o liberalismo agravou a realidade da vida do trabalhador, também foi decisivo para a obtenção de conquistas sociais, uma vez que por meio dos embates políticos, inerentes a uma sociedade livre, houve o despertar para a injustiça social, como bem lembrado por Paulo Farias (2005, p. 170). Com isso, o Estado sai de sua postura inerte, de mero espectador, que o caracterizou na fase anterior (*laissez-faire*), e começa a atuar concretamente no cenário econômico, alargando sobremaneira suas atribuições, até então de pouco relevo.

É afastada, portanto, a neutralidade estatal perante a dinâmica social. Surgem aí os direitos sociais, econômicos e culturais, configurando os chamados direitos fundamentais de segunda dimensão. Para Lafer (Apud FARIAS, 2005, p. 171), os direitos de segunda dimensão propiciam um "*direito de participar do bem-estar social*".

Não se pode olvidar, ademais, a relevância da doutrina social da Igreja Católica, de forte viés humanista a partir da Encíclica *Rerum Novarum*, de 1891, de autoria do Papa Leão XIII, cuja ênfase ao trabalho recaiu, inclusive, sobre os deveres do Estado (FARIAS, 2005, p. 171).

Tutela-se o direito de associação, de greve, de lazer, de limitação da jornada de trabalho, de remuneração não inferior ao salário mínimo etc. Em suma, houve a proteção jurídica da igualdade material – e não apenas da igualdade

formal, preconizada pela primeira dimensão dos direitos fundamentais -, com a atuação positiva e concreta do Estado para corrigir as desigualdades injustificadas existentes entre os particulares. Na nova ordem constitucional, o reconhecimento desses direitos fundamentais aparece, de forma inovadora, nos textos da Constituição do México de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919.

Igualdade material é o valor fundamental desta fase da evolução dos direitos fundamentais. Mas o que é igualdade material ou substancial?

Em um primeiro momento, o indivíduo era tratado abstrata e genericamente, ignorando-se a realidade concreta de opressão e injustiça para com os menos favorecidos. Como bem relatado pelo escritor francês Anatole France (Apud SARMENTO; SOUZA NETO, 2007, p. 750), e cuja sentença define com exatidão a igualdade formal, "*a lei, na sua majestosa igualdade, proíbe ao rico e ao pobre de furtarem, e permite a ambos que se hospedem no Hotel Ritz".*

Ao contrário, a igualdade material, ao enfatizar a realidade de carne e osso, busca amenizar as desigualdades sociais e econômicas e afirmar as diferenças culturais. Ensina Dobrowoski (Apud FARIAS, 2005, p. 173) que

> (...) ao lado dos direitos individuais, arrolam-se os direitos sociais e econômicos, destinados, antes de limitar a ação estatal, a exigi-la, como direitos a prestações concretas positivas. Os cidadãos por meio deles, participam do produto social, em todas as ordens, a fim de lhes ser possível o real exercício da sua liberdade, cuja afirmação é figura de retórica, se desacompanhada dos meios mínimos para efetivá-la.

Mas os direitos de segunda dimensão, de cunho prestacional, carregam um aspecto econômico, o que limita a sua eficácia e efetividade à "reserva do economicamente possível". Porém, ainda que limitado a aspectos econômico-financeiros, os direitos sociais a serem prestados pelo Estado devem garantir um "mínimo existencial" em favor do indivíduo. E a busca pela justiça social deve passar, obrigatoriamente, pela definição do princípio da compensação (ou reparação). Trata-se do princípio, explica Paulo Farias (2005, p. 178), no qual

> as desigualdades imerecidas exigem compensação; e como as desigualdades de nascimento e dotes naturais são imerecidas, tais desigualdades devem de alguma forma ser compensadas. Pelo princípio da reparação, a sociedade deve tratar mais favoravelmente aqueles com menos recursos pessoais naturais e os que nasceram em condições sociais mais desfavoráveis.

3.3 Direitos fundamentais de terceira dimensão

A partir do fim do século XX, segue-se a terceira dimensão dos direitos fundamentais, representados pelo respeito mundial à paz, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao patrimônio comum da humanidade. São também conhecidos por direitos de fraternidade ou de solidariedade, eis que visam tutelar o gênero humano.

Ensina Paulo Farias (2005, p. 180/181):

> Os direitos fundamentais de terceira dimensão centram-se no fato de os homens estarem ligados entre si. A figura do homem-indivíduo fica em segundo-plano ressaltando-se a humanidade (homens visto como um todo), razão por que são conhecidos como direitos de fraternidade, solidariedade ou direitos de titularidade difusa ou coletiva.
>
> A doutrina qualifica-os como direitos dos povos. Esta classe de direitos tem por destinatário mais do que o indivíduo, um grupo ou determinado Estado, mas o gênero humano mesmo, engendrando o direito ao ambiente, o direito ao desenvolvimento, o direito à autodeterminação, o direito à participação no patrimônio da humanidade.
>
> (...)
>
> Trata-se de direitos transindividuais, que não pertencem a uma pessoa determinada nem a um grupo claramente delimitado, como ocorre, por exemplo, com os trabalhadores que são titulares de direitos coletivos, mas não direitos difundidos, esparramados por toda a sociedade como o direito ao ar puro. Direitos que, não sendo, isoladamente, de um único indivíduo, são de todos, de uma pluralidade de sujeitos.

Tais direitos de terceira dimensão associam-se, também, ao termo “qualidade de vida”. Esses direitos têm conteúdo não-patrimonial e trata de dois

aspectos relevantes: qualidade de vida e uma concepção de igualdade vista como direito à integração, baseada em aspectos participativos na vida social.

A partir dos direitos fundamentais de terceira dimensão, o homem é considerado não mais na sua individualidade ou na condição de membro de uma coletividade social ou, ainda, na qualidade de integrante de uma comunidade politicamente organizada (Estado). Esses direitos carregam em si, também, a noção, segundo Paulo Farias (2005, p. 183/184),

> (...) de solidariedade intergeracional. Direitos dos povos, como o direito à paz e ao desenvolvimento, afetam não só as gerações de pessoas presentes, mas também as gerações futuras. Possuem, pois, dimensão temporal que os tornam ainda mais anônimos, no que se refere às suas titularidades. Preocupam-se tais direitos com os que ainda não nasceram e cria-se liame entre seres humanos que transcende o tempo presente. Nesse conceito, encontra-se, por exemplo, a noção de desenvolvimento sustentável.

No texto constitucional, o artigo 225 dispõe que

> todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Em suma, os direitos fundamentais de terceira dimensão (*v.g.,* meio ambiente ecologicamente equilibrado) podem ser caracterizados por quatro palavras-chaves, a saber: a) homem-humanidade, isto é, homem como parte de um todo; b) titularidade-anônima, vale dizer, são direitos difusos e transindividuais; c) existência-transgeracional: titularidade em favor de seres ainda não nascidos ou concebidos; e d) qualidade de vida, ou seja, melhoria no padrão de existência humana (FARIAS, 2005, p. 185).

Conquanto haja controvérsia, há doutrinadores que já admitem a existência de uma quarta e quinta dimensões. Aquela seria decorrente da globalização e institucionalização do Estado Social, com a garantia do direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Dela nascem, também, as questões relativas ao

biodireito. Esta (quinta dimensão) seria referente às questões envolvendo a cibernética e a informática.

6 A CONCRETIZAÇÃO E EFETIVAÇÃO DAS NORMAS PROTETIVAS DO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO ATRAVÉS DE UMA ÉTICA AMBIENTAL. A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DAS FUTURAS GERAÇÕES.

Conforme dados obtidos pelas Nações Unidas em 1996, 1,1 bilhão de pessoas viviam sem acesso a água potável, assim como 2,9 bilhões não possuíam serviços sanitários e 841 milhões eram desnutridas. Embora o aumento na eficiência da agricultura, pesca e produção energética tenha permitido, aparentemente, o uso de recursos no mesmo ritmo do crescimento populacional, estes ainda não são distribuídos igualmente pelo planeta. Os Estados Unidos da América, por exemplo, com menos de 5% (cinco por cento) da população mundial, consome, anualmente, 30% (trinta por cento) dos recursos naturais (DES JARDINS, 2001, p. 67).

Enquanto as contemporâneas teorias da justiça passam por discussões a respeito de critérios igualitários (ou não) de distribuição de recursos, o meio ambiente, em seu aspecto filosófico, deve ser analisado à luz de uma ética aplicada.

Muitos debates acerca do ambiente envolveram questões sobre liberdade individual e responsabilidade social. Foram enfatizados, ainda, questões de justiça social e econômica para o pobre e marginalizado que vive nos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento. Com o passar do tempo, os debates filosóficos passaram a ter como ponto central a responsabilidade para com as pessoas que vivem no futuro, ainda não nascidas ou concebidas. O “outro” deixou de ser apenas geograficamente distante para ser temporalmente incerto. Perguntava-se: as gerações futuras têm o direito de nascer? E, nascendo, têm

direito à biodiversidade que conhecemos? Nós temos responsabilidades para com pessoas que não existem e que podem não existir? Qual a responsabilidade da atual geração em relação à futura geração? (DES JARDINS, 2001, p. 70/71).

Utilitaristas podem sugerir que temos um dever de perpetuar nossa espécie, pois isso maximizaria a felicidade humana. A partir de uma deontologia, outros poderiam argumentar que as gerações futuras têm diversos direitos, sendo que entre esses direitos está o direito à vida, entendido como o direito de ser concebido e nascer.

Contudo, existem basicamente três correntes doutrinárias ou argumentos que advogam a tese da inexistência de responsabilidade da atual pela futura geração. São os argumentos: a) da ignorância; b) do desaparecimento dos beneficiários; e c) da localização temporal.

Como ensina Des Jardins (2001, p. 72), o argumento da ignorância reforça a ideia de que a atual geração sabe pouco ou nada sobre a futura. Não se sabe quem eles serão, quais as suas necessidades, desejos ou interesses. Todavia, esse argumento pode ser refutado com a afirmação de que a atual geração possui uma ideia razoável sobre as necessidades e interesses da geração futura, o que inclui, minimamente, um fornecimento adequado de ar puro e água potável, um clima moderado, proteção contra doenças etc. Em síntese, não se deve destruir as condições necessária para uma vida digna no futuro.

Já o argumento do desaparecimento dos beneficiários consiste na ideia de que a atual geração não tem responsabilidade por trazer a futura geração à existência. Entretanto, a filósofa Mary Anne Warren (Apud DES JARDINS, 2001, p. 74) distingue entre “pessoas possíveis” e “pessoas futuras”. Aquelas poderão, mas não necessariamente vão existir. Estas, por sua vez, existirão no futuro. Ela reconhece ser um absurdo sugerir que nós tenhamos obrigações para com as “pessoas possíveis”, porque são elas infinitas. Mas nós podemos comparar a felicidade ou sofrimento das “pessoas futuras”, porque podemos comparar “tipos de vida humana” e reconhecer que uma vida de sofrimento é pior que uma vida de

felicidade. Portanto, nossas obrigações para as futuras gerações, nesta visão, são obrigações para reconhecer certa exigência mínima de responsabilidade moral.

O terceiro argumento que contesta a responsabilidade presente em relação às futuras gerações põe ênfase na localização temporal destas, concluindo que não podemos ter responsabilidades no presente para com pessoas que não existirão por muitos anos. A responsabilidade por resíduos nucleares é um exemplo eficaz para refutar essa afirmação.

Asseveram Sylvan e Plumwood (Apud DES JARDINS, 2001, p. 75), utilizando uma metáfora, que um trem que carrega lixo nuclear expõe a risco todos os passageiros, conhecendo eles ou não o fato de que se está transportando material radioativo. Para os citados autores, a atual política de criação e armazenagem de resíduos nucleares é análoga a este exemplo. Somos culpados por uma grave injustiça, uma vez que colocamos as pessoas do futuro em grave risco, tudo porque desejamos evitar fazer mudanças no nosso confortável estilo de vida consumidor. Em síntese, somos responsáveis por estar envenenando a geração futura e todo o conjunto de condição de vida saudável.

A partir da premissa de que a atual possui responsabilidade com a futura geração, Des Jardins (2001, p. 76) sugere três abordagens éticas: a) a felicidade utilitarista; b) os direitos das pessoas futuras; e c) a ética do cuidado com o futuro.

A felicidade utilitarista consiste na nossa obrigação de reduzir o sofrimento e otimizar a máxima felicidade das gerações futuras. De acordo com Jeremy Bentham (Apud DES JARDINS, 2001, p. 78), a quantidade de prazer e dor produzida por nossos atos irão variar, incluindo a certeza ou incerteza que eles ocorrerão e as suas afinidades ou afastamentos. Assim, incerteza ou prazeres remotos contam menos que certezas e prezares imediatos. Mas é razoável pensar de tal maneira? Há razões mais que suficientes para rejeitar esta prática no terreno dos direitos humanos.

Já os direitos das pessoas futuras, segundo o filósofo Brian Barry (Apud DES JARDINS, 2001, p. 81), consiste na ideia de que a geração atual pode usar

todas as fontes de energia, mesmo que isso signifique alguma desvantagem às gerações futuras, desde que nós os compensemos por esta desvantagem. A perda da igual oportunidade de utilizar esses bens impõe a compensação. Não sendo possível compensar com os próprios bens explorados, a compensação dar-se-ia no capital, especialmente tecnológico, a ser deixado para que a geração futura encontre e aproveite outras fontes de energia.

Por fim, a ética do cuidado com o futuro estabelece que a atual geração deve preservar os recursos naturais por precaução com a futura geração. Mas indaga-se: Podemos cuidar de pessoas que não existem? O cerne da controvérsia está, pois, na expressão “cuidar”. Mais complexo do que se pode imaginar à primeira vista, “cuidar” deve ser entendido a partir de uma concepção de amor, sacrifício etc. Em que pese o homem possuir interesses egoísticos, o homem também beneficia ou manifesta interesse pelo outro (DES JARDINS, 2001, p. 83).

Dessa forma, ter cuidado com as pessoas do futuro é a concretização de uma verdadeira ética da alteridade, no qual o “outro” (futuro, incerto e distante) possui os mesmos direitos e interesses do “eu” (presente e certo).

CONCLUSÃO

Portanto, o artigo 225 da Constituição Federal, ao dispor sobre o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim como impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, busca dar presença ao “outro” no argumento discursivo, até porque qualquer ideia de justiça envolve necessariamente o “*alter*”, uma vez que ninguém é capaz de ser justo consigo mesmo.

Em outras palavras, como ser racional e dialógico, o indivíduo confere não apenas presença aos antepassados, com os quais tem uma dívida, mas também deve conferir presença e relevância aos descendentes, em relação aos quais repercutirão as consequências de seus atos e decisões.

Ao proteger as futuras gerações, o texto constitucional nos mostra o "rosto do outro" (Levinas), a fundamentar uma ética da alteridade que respeita o próximo (ou melhor, o futuro e remoto), independentemente de quem seja. Não seria o "eu", mas o "outro" como fim em si mesmo. Significaria o cumprimento do dever básico de não lesar (efetiva ou potencialmente) outrem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte. Suhrkamp*: Baden-Baden. 4ª ed. 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

DES JARDINS, Joseph. *Environmental Ethics*. 3ª ed. Wadsworth Thomson, 2001.

FARIAS, Paulo José Leite. *Água: bem jurídico econômico ou ecológico?*. Brasília: Brasília jurídica, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra (coord). *Direitos Metaindividuais*. São Paulo: LTr, 2004

LOCKE, John. *Dois Tratados Sobre o Governo*. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. *Tomo IV. Direitos Fundamentais*. 3ª edição, Coimbra Editora, 2000.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos teóricos e Aplicações específicas.* Rio de janeiro: Lumen Juris, 2007

ECONOMIA DO MEIO AMBIENTE: BUSCA DA INCORPORAÇÃO DAS EXTERNALIDADES AMBIENTAIS

Maria Amélia Matos Coelho[303]

. Introdução

Meio ambiente e Economia possuem uma relação muito próxima, haja vista estarem em constante interação, seja por conta dos impactos que o sistema econômico provoca no meio ambiente, seja pela influência dos recursos naturais na economia (FARIAS, 2005. p.217).

A Economia é a ciência que busca a eficiência no gerenciamento de recursos escassos. Suas ferramentas possuem grande utilidade para o Direito Ambiental, já que um dos principais objetivos do mundo moderno é concretizar o ideal de desenvolvimento sustentável.

A relação entre desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente tem sido a preocupação central do ambientalismo moderno.

A concepção meramente utilitarista do meio ambiente segundo a qual os recursos ambientais poderiam ser explorados sem qualquer tipo de limitação, seja qualitativa ou quantitativa, mostrou-se extremamente prejudicial ao meio ambiente e à própria humanidade por contribuir para sua utilização predatória.

A partir da constatação da finitude dos recursos naturais, "*a sustentabilidade transformou-se numa espécie de pré-requisito de validade de ações e decisões com relevância ambiental e passa a ser a base de qualquer justificativa que seja necessária para legitimar uma prática ou um procedimento*." (WEYERMÜLLER, 2012. p. 245)

---

[303] Mestranda em Direito Constitucional e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP

Partido dessa nova premissa, inúmeras questões foram suscitadas no sentido de se estabelecer as premissas para uma utilização racional dos recursos naturais.

Nesse contexto, surge uma das questões mais polêmicas da economia ambiental: a valoração econômica do meio ambiente.

Valorar economicamente os recursos ambientais é uma das funções essenciais da economia do meio ambiente. Trata-se de uma questão de relevante importância para a promoção do desenvolvimento sustentável, pois proporciona a gestão mais eficiente dos recursos naturais, a efetividade das políticas públicas ambientais, das medidas punitivas aplicadas aos causadores de danos ao meio ambiente, entre outras.

Contudo, atribuir valor a bens que se encontram fora do mercado não é uma tarefa fácil. Essa empreitada envolve não apenas questões econômicas, mas também filosóficas, éticas, culturais, sociais.

Na busca pela compatibilização entre desenvolvimento e preservação ambiental, a economia do meio ambiente tem se dedicado ao desenvolvimento de teorias e instrumentos econômicos que proporcionem a alocação eficiente dos recursos naturais, para o alcance de uma situação econômica ótima, materializado no princípio do desenvolvimento sustentável.

Muitas críticas éticas e metodológicas são dirigidas aos critérios adotados na valoração econômica do meio ambiente, o que tem contribuído para o aprimoramento destas técnicas e a descoberta de novos caminhos para a gestão eficiente dos recursos ambientais.

O que se pretende no presente trabalho é analisar em que medida os métodos e técnicas atualmente utilizados para a valoração econômica do meio ambiente se mostram eficazes no âmbito da gestão ambiental. Para tanto, destacará as principais questões relacionadas à valoração do meio ambiente, apresentando as críticas metodológicas e ética mais relevantes sobre o assunto.

2 Desenvolvimento sustentável: uma proposta de conciliação entre crescimento econômico e preservação ambiental

Conforme nos lembra Farias (2005. p. 214), o desenvolvimento sustentável tem sido a preocupação central do ambientalismo moderno.

A concepção estritamente utilitarista do meio ambiente, na qual a principal função da natureza era atender às necessidades econômicas dos homens e do Estado, contribuiu para o uso predatório dos recursos naturais, gerando uma série de consequências econômicas e sociais.

A diminuição da qualidade de vida sentida por aqueles que passaram a sofrer os efeitos de séculos de degradação ambiental fez com que a proteção ao meio ambiente se tornasse uma questão primordial para a maioria dos países.

Verificada a imprescindibilidade da preservação do meio ambiente para a manutenção da vida no planeta incorporou-se o fator ético na fruição dos recursos ambientais, materializado no Princípio da Solidariedade Intergeracional, constante do Princípio 3 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO 92):

> O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras.

O direito a um meio ambiente sadio é um direito fundamental necessário à promoção de outros direitos igualmente imprescindíveis como o direito a vida, a saúde, segurança. "*Com isso, a afronta aos recursos naturais passou a ser uma afronta contra humanidade*" (FARIAS, 2005. p. 214).

Por essa razão, atualmente defende-se a existência de uma dimensão ecológica da dignidade humana. Essa nova concepção da dignidade foi delineada

na Conferência de Estocolmo, de 1972, tendo sido consagrada no Princípio 1 da Declaração de Estocolmo, segundo o qual,

> O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras.

No plano econômico, contudo, a superação da visão utilitarista do meio ambiente ainda não foi totalmente suplantada. Para muitos economistas os problemas ambientais são uma ineficiência do mercado e como tal devem ser tratados. Entretanto, há uma crescente preocupação com as questões sociais decorrentes da exploração dos recursos ambientais e com a promoção do desenvolvimento econômico sustentável.

Várias correntes de pensamento tem se posicionado em relação à preservação dos recursos ambientais, entre as quais podem ser citadas as preservacionistas (Deep Ecology), que pregam a preservação integral do meio ambiente; a da eficiência econômica, que defende que o mercado deve regular a exploração dos recursos ambientais; as conservacionistas, do crescimento zero ou do Estado estacionário, que postulam o sacrifício do crescimento presente em benefício das gerações futuras, e, por fim, a do desenvolvimento sustentável, mais aceita atualmente, que preconiza a compatibilização entre o crescimento econômico e a preservação ambiental.

Mas como promover o desenvolvimento sustentável?

Do ponto de vista econômico, seria inserir no funcionamento do mercado o valor econômico da degradação ambiental (custos sociais positivos e negativos), como forma de estabelecer medidas que resultem no uso sustentável dos recursos naturais. Isso seria possível através da utilização de instrumentos econômicos como mecanismo de correção das externalidades causadas ao meio ambiente.

Externalidades "*são os danos ou benefícios ecológicos resultantes da produção de consumo de bens e serviços, que são impostos a terceiros (indivíduo, empresa, coletividade) sem nenhuma compensação, e que não são considerados na formação dos preços desses bens e serviços para sua transação no mercado*". (FARIAS, 2005. p. 216)

Considerando que toda atividade econômica tem um custo social e privado, internalizar as externalidades consistiria, então, em fazer com que os causadores das externalidades assumam os custos sociais provocados pela sua atividade, corrigindo as diferenças entre o ótimo privado e ótimo social.

O desenvolvimento sustentável apresenta interfaces econômica, social e ecológica. Nenhuma delas pode ser desconsiderada quando da aferição dos custos de oportunidade da utilização ou preservação dos recursos naturais, de forma a permitir que sejam atendidas, equitativamente, as necessidades de gerações presentes e futuras.

3 Economia ambiental e a economia do bem-estar

O meio ambiente apresenta características de um sistema aberto, que tem como subsistemas a economia, a ecologia, a política. Conforme aponta MOTA (2001. p. 14), o enfoque sistêmico da sustentabilidade dos recursos ambientais permite que as questões relacionadas à sustentabilidade sejam analisadas sob o prisma das complexas interações entre os subsistemas e o sistema ambiental.

Neste contexto, a Economia do meio ambiente, ramo da economia voltado às questões relacionadas à administração e preservação dos recursos ambientais, tem se ocupado do estudo de mecanismos que torne viável o desenvolvimento sustentável.

Tanto a Economia ambiental quanto a Economia do bem-estar têm empreendido esforços para o desenvolvimento de instrumentos que proporcionem a compatibilização entre crescimento econômico e preservação ambiental.

Não se trata, contudo, de ramos autônomos da Economia, apesar de cada um possuir certas peculiaridades. Segundo FARIAS (2005.p. 217-218), enquanto a Economia do meio ambiente se preocupa com a alocação ótima dos recursos naturais pelo mercado; a Economia do bem- estar "*procura identificar e alcançar alocações de recursos socialmente eficientes*", ou seja, além de buscar a alocação ótima de recursos, preconiza a consecução de objetivos sociais relevantes, dentre eles a proteção ao meio ambiente.

Não há uma separação estanque entre Economia ambiental e Economia do bem-estar. Na verdade a preocupação com o bem-estar no âmbito do processo produtivo é reflexo do amadurecimento das discussões acerca da forma como os recursos naturais são alocados.

Para a escola neoclássica da Economia, na qual se funda a Economia ambiental, o sistema de mercado seria o responsável pelo equilíbrio da alocação ótima dos recursos ambientais (FARIAS, 2005. p.215). Para essa corrente de pensamento, a ideia de valor é subjetivo e leva em conta a utilidade derivada do consumo do bem ou serviço, o comportamento dos consumidores, o bem- estar auferido e a maximização da utilidade destes bens e serviços.

Todavia, essa abordagem incorre em um dilema de difícil solução: compatibilizar a "otimalidade" com "sustentabilidade". Isso porque o uso ótimo dos recursos ambientais atende a critérios de eficiência e o uso sustentável destes recursos atende a critérios de equidade (VEIGA, 2008. p. 165).

A alocação ótima dos recursos ambientais tem como pressuposto a Teoria do Ótimo de Pareto, desenvolvida pelo economista Vilfredo Pareto. Segundo essa teoria, constituiria uma situação econômica ótima a que não pudesse mais ser melhorada, ou aquela em que não é possível a melhoria um dos fatores sem o detrimento de outro fator participante.

O desenvolvimento sustentável, seria, dessa forma, uma aplicação direta da Teoria do Ótimo de Preto, pois tem como objetivo primordial o atingimento da

eficiência pela promoção do máximo de desenvolvimento com o mínimo de destruição do meio ambiente.

4 Componentes da valoração econômica ambiental

Segundo Faucheux (1995, p. 213), a Economia do meio ambiente gira em torno de conceitos como o de externalidade ou de bem coletivo.

A grande questão relacionada à valoração do meio ambiente diz respeito às externalidades. *A economia ambiental "parte da suposição de que a "externalidade" pode receber uma valoração convincente, com base na preferência do consumidor* (FARIAS, 2005. p. 218).

Dessa forma, a Economia do Meio Ambiente criou o conceito de **Valor Econômico Ambiental (ou Valor Econômico Total)**, que leva em consideração as diferentes possibilidades de uso econômico do ambiente. Corresponde ao valor de uso direto e indireto, acrescido do valor de não- uso e do valor da existência.

VALOR ECONÔMICO TOTAL= Valor de uso + Valor de opção + valor de existência			
Valor de uso		**Valor de opção**	**Valor de existência**
Uso direito	Uso indireto		
Valor atribuído aos bens e serviços ambientais que são apropriados diretamente da exploração dos recursos ambientais para o consumo imediato	Valor atribuído aos bens e serviços ambientais que são gerados pelos ecossistemas e consumidos indiretamente	valor de uso direto e indireto dos bens e serviços ambientais, cuja apropriação e consumo foram deixadas para o futuro	valores atribuídos para preservação do bem ambiental por questões morais, religiosas, culturais

Mas qual a lógica de se atribuir um valor ao meio ambiente?

A Economia ambiental parte da premissa de que a falta de um valor de mercado para os bens e serviços ecossistêmicos produz um negligenciamento ou

uma sub- valorização dos benefícios ambientais, o que contribui para a utilização predatória dos recursos naturais.

Demonstrando o valor (não só monetário) do meio ambiente criar-se-ia uma conscientização acerca da necessidade de conservá-lo.

Ademais, conforme observa FARIAS (2005. p. 220), “*a avaliação monetária dos danos ou benefícios constitui um componente essencial da Economia do Meio Ambiente. Na ausência de tais avaliações, a referência à eficiência econômica e ao ótimo se tornam um ideal puramente teórico*”.

A valoração econômica do meio ambiente atribui valores quantitativos aos bens e serviços ecossistêmicos, mensurando as diversas funções ambientais desempenhadas pela natureza, apesar de, em princípio, não serem comercializáveis, por se encontrarem fora dos mercados comuns.

Tendo em vista que na Economia “*a noção de dano ou benefício repousa sobre a expressão das preferências do indivíduo*” (FARIAS, 2005. p. 220), mensurar as três espécies de valor constantes na fórmula do Valor Econômico Total é uma tarefa dotada de grande complexidade.

Faucheux (1995. p. 257) inclusive alerta que o conceito de Valor Econômico Total não é aceito por alguns economistas neoclássicos por conta do valor de existência atribuído ao bem ambiental, pois este valor não está atrelado a qualquer forma de utilidade, que é um dos postulados da economia neoclássica.

Contudo, apesar da complexidade da valoração econômica do meio ambiente ela não é inviável, possuindo diversas aplicações práticas, tais como: internalização dos custos dos impactos ambientais na economia; subsídio às escolhas públicas quando da elaboração de políticas ambientais; auxilio na gestão do meio ambiente; aferição do dano causado ao meio ambiente e a respectiva responsabilização civil; imprimir um fator de desestímulo à práticas de degradação ambiental, etc.

5 Métodos de valoração econômica ambiental

Os métodos de valoração econômica ambiental são técnicas utilizadas para quantificar o custo/vantagem dos recursos naturais, a fim de atribuir-lhe um caráter mercantil e, consequentemente, poderem ser mensurados os efeitos da sua utilização ou preservação.

De uma maneira geral são baseados nas preferências individuais dos consumidores, ou seja, na disposição que cada um tem de preservar, conservar ou utilizar os bens e serviços ambientais e visam a avaliação dos ganhos e perdas (métodos direitos) e as relações de causa-efeito (métodos indiretos)- FAUCHEUX (1995. p. 262).

Os métodos são utilizados para a fixação do valor de uso e de opção de um bem ou serviço ecossistêmico, podem ser classificados em:

a) **métodos indiretos**- baseiam-se na análise de mercado substitutivo de bens relacionados aos bens ambientais, para indiretamente se chegar ao seu valor. Ex: método do preço hedônico (ex: estudo do preço dos bens imobiliários).

b) **métodos diretos**- baseiam-se nas preferências individuais expressas pelos consumidores acerca do valor do bem ambiental. Ex: avaliação contingente (pesquisa feita junto aos consumidores, por meio de questionário, no qual as pessoas expressam o quanto estariam dispostas a pagar pela utilização de um bem ambiental ou receber uma compensação pela perda desse benefício).

Utiliza-se estes métodos avaliativos porque os bens e serviços ambientais não se encontram no mercado comum, e, portanto, sua valoração não segue as regras de mercado.

Mas atribuir valor ao meio ambiente é uma tarefa que tem desafiado economistas e ambientalistas. Isso porque além dos bens e serviços ambientais não serem comercializados nos mercados comuns, conforme anteriormente afirmado, estes bens são considerados públicos (art. 225 da Constituição Federal brasileira os classifica como bens públicos de uso comum do povo) e têm como

características a não exclusividade e a não rivalidade, ou seja, a fruição de um recurso ambiental por um indivíduo não exclui a dos demais e não há competição no consumo entre estes indivíduos.

Estas características dificultam a formação de preços, além de fazer com que surja o que os economistas denominam de “free rider” ou dilema do caronista: a utilização dos recursos ambientais possui um custo marginal zero, pois os usuários beneficiam-se das suas utilidades sem pagar por elas.

Apesar dos métodos valorativos anteriormente descritos serem de uso corrente por economistas e gestores ambientais, FAUCHEUX (1995. p. 275) alerta para suas limitações no que diz respeito a fixação do valor de existência dos bens ambientais.

Como é sabido, o valor de existência refere-se à relevância atribuída à preservação do bem ambiental por questões morais, religiosas e culturais. Quantificar e medir em termos monetários estas questões requer a utilização de outros métodos, de forma complementar, tais como a análise do custo- eficácia, a análise do risco- vantagem e análise multicritério, por exemplo.

6 Críticas metodológicas e éticas à valoração ambiental

Apesar de a valoração econômica do meio ambiente ser uma importante ferramenta de gestão ambiental, os métodos valorativos atualmente adotados não são isentos de críticas. Estas críticas se dividem em dois grupos: as que se referem à metodologia de valoração ambiental e as que apresentam questionamentos éticos e filosóficos.

Conforme Farias (2005. p.224), as críticas em relação aos métodos de valoração ambiental decorrem da incapacidade de definir, com base na preferência do consumidor, se um determinado bem ambiental deve ou não ser utilizado, conservado ou explorado de forma racional; da complexidade de certos métodos; da falta de dados de base; da dificuldade de adequação a contextos

socioculturais; além da pressuposição de uma consciência ecológica ausente em boa parte da população.

No que se refere às críticas éticas e filosóficas à valoração do meio ambiente, Jardins (2001. p. 55/58*),* alerta que a valoração dos bens e serviços ambientais baseada nas preferências dos consumidores não é a mais correta por ser muito subjetiva. Além disso, confunde vontades/preferências com valores/crenças. Segundo o referido autor, o mercado pode medir a intensidade de nossos desejos pela nossa vontade de pagar, mensurar e comparar o que cada indivíduo deseja, determinar meios mais eficientes para alcançar estes objetivos, mas não pode medir ou quantificar nossas crenças e valores. Além disso, valorar o meio ambiente levando em consideração as escolhas individuais pode comprometer a legitimidade das escolhas públicas em matéria ambiental.

Farias (2005. p. 224) alerta ainda para outro problema da valoração do meio ambiente: as decisões acerca de quais recursos ambientais devem ser conservados, preservados ou utilizados, tomadas pelas gerações presentes, repercutirão nas gerações futuras, que ainda estão foram do mercado atual, não podendo, portanto, manifestar suas preferências.

Nesse contexto é preciso considerar que os conhecimentos técnicos e científicos atuais ainda não são capazes de prever com precisão os impactos da determinada ação humana sobre o meio ambiente. Dessa forma, quantas gerações arcariam com os custos da fruição ou preservação dos recursos ambientais? Como determinar o grau de bem-estar de gerações ainda inexistentes?

Essas perguntas ainda não são passíveis de resposta precisa. O bem-estar da geração presente pode não ser o mesmo de uma geração futura, pois as necessidades, as preferências, as prioridades, os contextos econômicos e sócio-culturais variam constantemente.

Apesar da visão pessimista de alguns autores contrários à valoração do meio ambiente com base nas preferências individuais, Farias (2005. p. 225), sem

desconsiderar as limitações dos métodos valorativos atualmente utilizados, ressalta a importância dessas ferramentas para a promoção do desenvolvimento sustentável, pois ela possibilita uma discussão não só antropocêntrica do meio ambiente, mas também ecocêntrica, refletida da adoção de um valor de existência para os recursos naturais, que não se atrela a nenhuma utilidade específica, permitindo considerar o meio ambiente como um bem não só das gerações presentes mas também das gerações futuras.

Conclusão

A ética incorporada à noção de desenvolvimento pelos economistas neoclássicos tem contribuído para a superação da visão utilitarista do meio ambiente até poucas décadas dominante. Hoje a economia do bem-estar visa não só a promoção do desenvolvimento econômico, mas também do desenvolvimento social.

Atribuir um valor ao meio ambiente é um dos caminhos para o alcance da alocação ótima dos recursos ambientais e, consequentemente, o atingimento do equilíbrio entre o crescimento econômico e a preservação ambiental, pois permite a mensuração das externalidades, a internalização dos custos ambientais, a aferição dos danos causados ao meio ambiente para fins responsabilização do seu causador, proporciona a negociação dos serviços ambientais em mercados específicos, auxilia o poder público na tomada de decisões acerca das políticas públicas ambientais, entre outras.

Diversas são as críticas dirigidas à valoração econômica do meio ambiente, especialmente à fórmula do Valor Econômico Total proposta por Pearce e aos métodos diretos e indiretos de quantificação. Para alguns estes instrumentos são demasiadamente subjetivos, pois têm como premissa as preferências individuais dos consumidores; para outros, não há como aplicar regras de mercado para tais bens devido a suas características.

Apesar das diversas críticas dirigidas à valoração econômica do meio ambiente, o fato é que a atribuição de um valor, de um preço a bens teoricamente imensuráveis é essencial para a sua gestão, proteção e preservação. Contudo, a valoração econômica do meio ambiente não tem o condão de resolver todos os problemas atualmente enfrentados na seara ambiental. É necessário que sejam conjugados os instrumentos econômicos, regulatórios e cultivados valores éticos voltados ao incremento da consciência solidária intergeracional para que se chegue a melhor solução destes problemas.

BIBLIOGRAFIA

FARIAS. Paulo José Leite. *Água: Bem jurídico Econômico ou Ecológico*? Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2005.

FAUCHEUX, Sylvie. Jean- François Noël. *Economia dos Recursos Naturais e do Meio Ambiente*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

FONTENELE, Raimundo Eduardo Silveira. *Análise Crítica da Valoração Monetária do Meio Ambiente nos Métodos Neoclássicos de Avaliação Econômica de Projetos*. RAC-Eletrônica, v. 2, n. 1, art. 10, p. 155-170, Jan./Abril 2008. Disponível em http://www.anpad.org.br/rac-e. Acesso em 27/11/2013.

JARDINS, Joseph R. Des Jardins. *Environmental Ethics – An Introduction to Environmental Philosophy.* Thomson, 2001.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental. Do individual ao coletivo. Teoria e prática*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MOTA, José Aroudo. *O valor da natureza. Economia e política dos recursos naturais*. Rio de Janeiro: Garamond, 2001.

VEIGA, José Eli da. *Desenvolvimento Sustentável: o desafio do século XXI*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Geramond, 2008.

WEYERMÜLLER, André Rafael. *Adaptação Ambiental e comunicação intersistêmica entre direito e economia: a autopoiese da Bacia Hidrográfica como pagamento pelo uso da água*. Tese de Doutorado. São Leopoldo, 2012. disponível em http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/000003/0000031F.pdf. Acesso em 18/03/2014.